

**El Leasing en el Proyecto
de Reformas del Código Civil
(Comisión designada por decreto 685/95) ¹**

María Alejandra ARAUJO
Margarita RAMONDA

CONTRATO DE LEASING

I- Definición

Los redactores asumen al LEASING como una figura autónoma y no como una mera yuxtaposición de contratos². Sin embargo, es dable advertir que la definición del Proyecto³ será susceptible de las mismas críticas que la doctrina viene formulando al artículo 27 de la ley 24.441.

Además, y esto es relevante, se omite considerar la determinación del precio teniendo en cuenta la amortización del valor de la cosa durante el plazo de duración del contrato y el valor residual, para el supuesto de ejercicio de la opción de compra. El canon deja de ser, para los redactores de la norma, un elemento estructural particular tipificante porque el monto y la periodicidad del mismo son libremente convenido por las partes⁴.

Lo anterior aparejará inconvenientes en cuanto a la calificación del contrato como leasing. En otras palabras, al no vincularse en la norma proyectada el precio al tiempo de amortización, podríamos encontrarnos que bajo la denominación de leasing se encubra en realidad una venta en cuotas con reserva de dominio o una locación con opción de compra o incluso un negocio atípico.

Concluimos que la definición peca por defecto y por exceso. Lo primero, porque no incluye la financiación por parte del dador, pese a tener por naturaleza finalidad crediticia. Y lo segundo, como lo explicásemos anteriormente, debido a que bajo la denominación genérica de leasing quedarían comprendidas otras relaciones jurídico-contractuales.

II- Sujetos

Las partes del leasing se denominan Dador y Tomador. Recordemos

que en el régimen vigente se requiere que el dador sea una entidad financiera o una sociedad que tenga por objeto la realización de este tipo de contratos, o bien fabricante o importador en el supuesto de leasing operativo. De aprobarse el Proyecto redactado por la Comisión creada a través de decreto 685/95, cualquier persona física o jurídica sin ningún tipo de cortapisas podrá ser parte del negocio.

El proyecto consagra expresamente que el tomador puede no sólo determinar la cosa sino también indicar al dador quién la suministrará. En este supuesto, aún cuando aparece en escena un tercer sujeto -el proveedor, no existe un negocio trilateral sino dos contratos vinculados: una compraventa a fin de obtener del proveedor indicado la cosa señalada y el leasing financiero⁽⁵⁾. En el primer contrato puede suceder que la parte compradora (dadora en el leasing) haya convenido con el proveedor que éste ejecute la prestación de dar y se desobligue cumpliendo no con él sino con un tercero (parte tomadora en el leasing). A pesar de la semejanza con lo que algunos denominan contrato a favor de tercero en sentido impropio, la diferencia sustancial radica aquí en el hecho que el tomador puede reclamar la entrega y todos los derechos que emergen del contrato de venta directamente al vendedor, sin necesidad de cesión⁽⁶⁾.

También se presenta el fenómeno de negocios coligados en el supuesto del dador que sustituye al tomador en un contrato de compraventa que este último hubiese celebrado. Existe una cesión de posición contractual, donde el dador ocupará el lugar contractual del adquirente a la que debe sumarse el contrato de leasing.

III- Objeto del Contrato

El Proyecto es claro en cuanto a que pueden ser objeto mediato del contrato no sólo las cosas muebles e inmuebles, sino también las marcas, patentes o modelos industriales y software (7). También se admite que en el contrato se incluyan los servicios y accesorios necesarios para el diseño, puesta en marcha y puesta a disposición de los bienes. De esta manera se amplía lo dispuesto en torno al objeto por la ley actual.

Con relación a las cosas como objeto mediato del negocio, para un sector de la doctrina nacional las mismas deben ser nuevas (8). En nuestra opinión, las cosas usadas pueden ser elegidas por el tomador y aunque nada dice el Proyecto, así parece desprenderse del artículo 1.159 inc. 3 que consagra el lease back.

Respecto del leasing del suelo, conforme la autorizada opinión de Lavalle Cobo y Pinto, bajo la vigencia de la ley 24.441 no procede. Como es sabido, la tierra no se amortiza, con lo cual el mecanismo de fijación del precio no podría vincularse con la amortización del bien como lo exige la doctrina en

consideración a la naturaleza del contrato. Creemos que, de la lectura del Proyecto, y como lo señaláramos más arriba, al no exigirse normativamente para la determinación del precio la amortización del bien conforme pautas de contabilidad admitidas, el leasing del suelo, tal como está redactada la definición, sería viable. Indudablemente esto no será pacíficamente admitido teniendo presente las críticas a las que ya nos referimos. En este último sentido, no podrá dejar de reconocerse la conclusión de un contrato pero no se calificará al mismo como leasing (9).

El Proyecto de ley admite el contrato sobre cosas usadas y esta interpretación puede desprenderse de la regulación del lease back por el cual el propietario de un bien determinado lo vende y simultáneamente el comprador otorga la tenencia del bien al vendedor, en leasing. Se procura básicamente la obtención de liquidez (10). La operación descrita no será aceptada de manera unánime por los autores. Ya no podría sostenerse con Fargosi que nos encontramos ante una venta de cosas muebles con pacto de retroventa -lo que acarrearía la invalidez del acuerdo- porque la norma proyectada permite este pacto con relación a los muebles. En cambio, en nuestra opinión sigue teniendo peso la afirmación que el lease back es pura y exclusivamente una figura de garantía. Quien necesitare un préstamo transmitirá la propiedad de la cosa al financista, y éste la arrendará hasta el final de la restitución del precio. Esta garantía no es válida, pues importaría tanto como constituir una garantía real innominada, lo que no tiene cabida ni en el ordenamiento vigente ni en el proyectado (11).

IV- Clasificación del Leasing

Tal como se desprende de la norma proyectada, subsiste la distinción entre leasing operativo y financiero. Ello conforme el artículo 1.159 que establece que el bien objeto del contrato puede: "a) Comprarse por el dador a persona indicada por el tomador... o d) Ser de propiedad del dador con anterioridad a su vinculación contractual con el tomador..."

Por otra parte, en consideración a otro de los criterios clasificatorios, esto es, teniendo en miras el objeto mediato del contrato, creemos que la clasificación del leasing en mobiliario e inmobiliario sería insuficiente para abarcar todos los supuestos. Esto lo afirmamos, debido a que el artículo 1.158 del Proyecto al regular lo referente al objeto, permite que este consista en bienes inmateriales y no sólo cosas (ver supra punto III). Más allá de esta insuficiencia que señalamos, recurriendo a los criterios ya conocidos y dada la amplitud de la norma, se podrá hablar de un leasing financiero inmobiliario o mobiliario o bien de un leasing operativo también mobiliario o inmobiliario.

V- Forma del Leasing

A diferencia de la regulación vigente, los redactores del Proyecto de Código Civil, han concebido al leasing como un contrato formal. Se exige escritura pública: "...si tiene como objeto inmuebles, buques y aeronaves", y para los demás casos, exige también forma escrita pero aclara que el instrumento puede ser público o privado. Siguiendo la terminología utilizada por los redactores, podemos concluir que el leasing es un contrato formal solemne relativo en el primer caso y formal ad probationem en el segundo de los supuestos mencionados. En el primer caso, serán necesarias entonces dos escrituras públicas, de las cuales la primera se firmará al momento de celebración del negocio y la segunda será imprescindible para transmitir el dominio. Fácil es advertir que esto torna más costoso al negocio, tema preocupante sobre todo en aquellos casos donde se recurra a la figura para acceder a la vivienda.

VI- Oponibilidad a terceros: Inscripción. Cancelación

El artículo 1.162, además de referirse a la forma (ver infra punto V), establece la necesidad de inscribir el contrato en el registro que corresponda conforme a la naturaleza del bien para que la publicidad lo haga oponible a terceros (12).

Si la inscripción fuese realizada dentro de los cinco días de entregado el bien, la misma tendrá efectos retroactivos a esta última fecha. En caso contrario, la oponibilidad tendrá lugar a partir de la fecha de inscripción. La anotación se mantendrá durante diez años, salvo si se tratare de bienes inmuebles, ya que el plazo se duplicará, pudiendo en ambos casos renovarse antes del vencimiento por rogatoria del dador u orden judicial.

Los registros respectivos deberán expedir certificados en los cuales se haga constar si sobre el bien en cuestión existe o no un contrato de leasing. "El certificado que indique que sobre determinados bienes no aparece inscripto ningún contrato de leasing en determinado registro, tiene eficacia legal hasta veinticuatro horas de expedido".

Advertimos que la norma en análisis dará lugar a inevitables complicaciones en los Registros. En primer lugar, nadie desconoce la dilación en los trámites y por la eficacia legal de sólo veinticuatro horas los registros tendrán que trabajar con inmediatez y al día, lo que será poco probable atendiendo al alto grado de burocratización administrativa. En segundo lugar, podrá expedirse un certificado expresándose que no existe inscripto contrato de leasing y sin embargo, a posteriori, por los efectos retroactivos de la registración en algunos casos, tornarse ineficaz esa información con la consiguiente falta de certeza y de seguridad para los terceros. Claro es el objetivo de tutelar al tomador al que ya se le hizo tradición del bien y de ahí la retroacción de la anotación, pero esa protección se logrará con la inscripción del contrato inme-

diatamente después de celebrado, sin necesidad de esperar para la inscripción hasta el momento de la tradición.

Finalmente, el artículo 1.170 dispone la forma en que se procederá a la cancelación de la inscripción sobre cosas muebles no registrables y software. En este sentido, establece que el pedido podría tener lugar frente a una resolución judicial firme, dictada en un proceso donde haya intervenido el dador; o bien si lo solicita el dador o su cesionario o si lo solicita el tomador acreditando haber ejercido oportunamente la opción de compra.

Respecto de este último supuesto, el Proyecto establece el procedimiento a seguir. Así, el tomador que desea solicitar la cancelación, previamente deberá acompañar las constancias de los depósitos en el Banco oficial o el que corresponda a la jurisdicción del Registro de la inscripción y de haber interpellado fehacientemente al dador ofreciéndole los pagos y solicitándole la cancelación, otorgándole un plazo no inferior a quince días para ello. El encargado del Registro notifica al dador por carta certificada dirigida al domicilio fijado contractualmente. A partir de aquí, surgen distintas posibilidades:

1) Si el dador presta conformidad a la cancelación, se procede en este sentido.

2) Si el dador guarda silencio en el plazo de quince días hábiles, el encargado del Registro procederá a la cancelación si estima que depósito realizado por el tomador es lo convenido por las partes; o bien,

3) Si el dador en el plazo de quince días formuló observaciones o si el depósito se considera insuficiente, el encargado del Registro debe comunicarlo al tomador quien podrá ejercer las acciones correspondientes.

Observamos que la norma en el punto c regula lo atinente al pago por consignación judicial o privada, tema propio de la extinción de las obligaciones. Esto excede la materia tratada, complicando innecesariamente la redacción del artículo.

VII- Derecho y Obligaciones de las partes

VII.1- El Dador

El dador tiene derecho a percibir el canon estipulado, y en caso de incumplimiento puede solicitar el secuestro si la cosa fuese mueble o pedir el desalojo si fuese inmueble, como así también accionar para obtener en estos supuestos el cobro de los cánones adeudados, con más los daños y perjuicios (ver infra punto IX).

El dador también está obligado a entregarle el bien al tomador y transferir la propiedad cuando éste ejerza oportunamente la opción de compra.

En cuanto a la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios, el artículo 1.160 distingue diferentes situaciones, que son aquellas que el Proyecto enumera en el artículo anterior. En este sentido expresa que si el bien ha sido

adquirido por el dador de la persona que el tomador le hubiese indicado, o el bien hubiese sido especificado por el tomador, o si el dador hubiese sustituido al tomador en un contrato de compraventa que este hubiese celebrado, el dador puede en cualquiera de estos supuestos liberarse convencionalmente de las responsabilidades de entrega, por evicción y/o por vicios redhibitorios. En los mismos casos el Proyecto concede acción al tomador contra quien hubiese vendido el bien al dador. Esto último salvo que, entre vendedor y comprador (dador en el leasing) se hubiese pactado la exclusión de la responsabilidad y el tomador, como sucesor singular no pudiese accionar.

En cambio, si la cosa hubiese pertenecido al dador con anterioridad al contrato de leasing, o el dador fuese el importador, fabricante o constructor del bien, no puede liberarse de la responsabilidad referida anteriormente. Por el contrario, si el bien se hubiese adquirido por el dador al tomador por el mismo contrato o con anterioridad, la responsabilidad por la entrega, por evicción y/o vicios no existe, salvo pacto en contrario. En el supuesto que conforme al inciso f del artículo 1.159, el bien objeto del contrato estuviera "a disposición jurídica del dador por título que le permita constituir leasing sobre él", se aplica según las circunstancias, el artículo 1.160.

VII.2- El Tomador

El tomador tiene derecho a exigir que se le entregue el bien objeto del contrato y a ejercer la opción de compra una vez pagadas las tres cuartas partes del canon o antes si así lo fijara el contrato, conforme el artículo 1167. Tiene derecho al uso y goce del bien. Y sin dudas, puede ceder el contrato y alquilar la cosa dada en leasing, excepto prohibición convencional.

En cuanto a las obligaciones, deberá pagar el canon estipulado, el valor residual si ejerciera la opción de compra y las indemnizaciones correspondientes si incurriera en incumplimiento. También debe pagar los gastos extraordinarios y ordinarios de conservación y uso, excepto pacto en contrario. Asimismo, estará obligado a no vender ni gravar el bien. Tampoco podría trasladarlo sin conformidad expresa del dador (artículo 1.164).

VIII- Responsabilidad Objetiva

En cuanto a los daños que pudieran causarse con los bienes objeto del leasing, el Proyecto establece que es obligación del dador, por ser éste el dueño de la cosa, contratar un seguro que cubra los riesgos ordinarios de la responsabilidad civil. El damnificado, como tercero beneficiario, tiene acción directa contra el asegurador. Surgirá la responsabilidad por el daño causado con intervención de cosas sólo si no aseguró(13).

Las partes, pueden pactar a cargo de quien estará el pago de la prima.

La responsabilidad objetiva del tomador y su limitación cuantitativa se

juzga por el artículo 1.635 y artículo 1.634 por la remisión que hace el primero (14).

Existe responsabilidad concurrente de dador y tomador cuando el daño causado por la cosa. Así lo dice el artículo 1.664 del Proyecto.

En ello difiere con el régimen vigente. En la ley 24.441 se obliga a responder al dador y al tomador en los términos del artículo 1.113 del Código Civil en el supuesto de daños causados por la cosa, pero en ella debe hacerse una distinción, porque el dador responde hasta el valor de la cosa, siempre que se pruebe que "ni el dador ni el tomador encontraron a un asegurador que estuviera dispuesto a cubrir el siniestro que se ha producido, en condiciones normales de plaza". En cuanto al tomador la responsabilidad no se limita, ya que al tener él la tenencia de la cosa es el responsable directo de su custodia y conservación (15).

IX- Responsabilidad del tomador por incumplimiento

IX.1- Incumplimiento del tomador en caso de bienes inmuebles

En el artículo 1.172 del Proyecto se regula el procedimiento a seguir por el dador en caso de incumplimiento del tomador cuando el objeto mediato del contrato es un bien inmueble. Los redactores del Proyecto no escucharon las críticas que la doctrina formulara al artículo 34 de la ley vigente, ya que lo han transcripto casi textualmente. Consideramos que la norma es abusiva e injusta y compartimos las claras y coincidentes observaciones que se han efectuado. (16).

IX.2- Incumplimiento del tomador en caso de bienes muebles

La ley 24.441 no regula este supuesto.

Por su parte, la norma proyectada en el artículo 1.173 establece que frente al incumplimiento del tomador -siendo el objeto mediato del contrato una cosa mueble-, el dador podrá intimar al tomador para que regularice su situación, otorgándole para esto un plazo no menor de cinco días. Si en el término fijado el tomador no abonara los cánones adeudados, el dador podrá pedir el secuestro de la cosa y el contrato quedará resuelto. Igualmente se facultaría al dador para iniciar una acción ejecutiva dirigida a obtener el cobro de los cánones, de la cláusula penal pactada y de los daños y perjuicios.

En el artículo comentado, se da otra posibilidad al dador, esta es la de perseguir el cobro ejecutivo de los cánones pendientes, si así se hubiese convenido.

X- Quiebra de las partes

El contrato debidamente inscripto es oponible a terceros. Los acreedores del dador pueden trabar medidas precautorias sin obstaculizar la finalidad

del contrato y los del tomador subrogarse en los derechos de su deudor, ejerciendo la opción de compra. En esto no se innova con relación a la ley actual.

Con respecto a la quiebra del tomador, la solución es idéntica a la dada por la 24.441. Sin embargo, la contradicción entre la ley que tipifica actualmente el leasing y la ley 24.522, divide a la doctrina. Frente al conflicto por la sucesión de leyes en el tiempo, entiende un sector que debe prevalecer la norma especial sobre la norma general posterior. Por el contrario, otros autores como la Dra. Kemelmajer, sostienen que debe aplicarse la ley de quiebras. De convertirse en ley el proyecto la discusión estaría superada por la aplicación directa del art. 1165 (17).

- 1 El contrato de leasing no ha sido regulado en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1.987. En cambio, la Comisión designada por decreto 468/92, lo regula a partir del artículo 1.145 de su Proyecto, el cual es fuente inmediata de la ley 24.441. A su vez, la denominada Comisión Federal, al igual que el primero de los Proyectos mencionados no regula el contrato en análisis.
- 2 Ello es manifestado en el punto 201 de los fundamentos del Proyecto.
- 3 Dice el artículo 1.157 del Proyecto: "En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio".
- 4 Artículo 1.158 del Proyecto: "Pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de entregar en leasing. El monto y la periodicidad del canon se determina convencionalmente. El precio de ejercicio de la opción de compra debe estar fijado en el contrato o ser determinable según procedimientos o pautas pactadas.
- 5 Esto ya era aceptado por la doctrina, diferenciándose con lo establecido en el artículo 1 de la convención de Ottawa, que considera al proveedor como parte del negocio.
- 6 La Convención de Ottawa en el art. 10 inc. 1 dispone: "Las obligaciones del proveedor que resultan del contrato de provisión pueden igualmente ser invocadas por el tomador como si él mismo fuese parte en el contrato y como si el material le debiera ser entregado directamente..."
- 7 El Proyecto siguió el camino señalado por la Carta orgánica del Banco Nacional de Desarrollo aprobado por ley 19.063, que establecía que esa Institución quedaba autorizada para "adquirir bienes de capital, tecnologías, marcas y patentes para su venta o locación a empresas industriales o mineras", y la ley 21.629 facultaba al mismo Banco para "adquirir bienes de capital, tecnología y patentes para locación o venta por opción a empresas industriales o mineras" (art. 33 inc.j).
- 8 BARREIRA DELFINO, Eduardo. "Leasing". Aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos, pág. 29. Buenos aires.
- 9 Ver punto I
- 10 Conf. Fargosi, Esquicio sobre el "lease back", ED 144-953.
- 11 HIGHTON, Elena, MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín y RIVERA, Julio César. Op. Cit., pág. 132. En contra FARINA, Juan M. "Contratos Comerciales Modernos", pág. 517. Editorial Astrea, 1.993.
- 12 Artículo 1.162: forma de inscripción... Si se trata de cosas muebles no registrables o software, deben inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar donde se encuentran las cosas o, en su caso, se deba poner a disposición del tomador el software.... Hacemos notar que el artículo siguiente, casi en idénticos términos que la norma transcripta, vuelve innee-

sariamente a regular lo atinente a la registraci3n del negocio.

13 Art. 1.661: hecho de las cosas y actividades. Toda persona responde por el da1o causado con intervenci3n de cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado, o por la realizaci3n de actividades especialmente peligrosas.

14 1.634: l3mite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva. En los casos previstos por los art3culos 1.662, 1.663 1.665, la reparaci3n del da1o queda limitada a la cantidad de trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo que se reduce proporcionalmente si hay liberaci3n parcial conforme al art3culo 1.666. El responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitaci3n:

a) Si actu3 con diligencia y en especial si no adopt3 las medidas de prevenci3n razonablemente adecuadas.

b) Si razonablemente debi3 haber asegurado ese riesgo y no lo hizo.

c) Si tomo un seguro y la aseguradora no pone a disposici3n del damnificado la indemnizaci3n que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidaci3n del siniestro conforme a la legislaci3n de seguro, a menos que interpelado el responsable ponga a disposici3n de aquel esa indemnizaci3n dentro de los treinta (30) d3as.

d) Si se convino una indemnizaci3n mayor. Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el m3ximo indemnizatorio hasta el triple. Las disposiciones de este art3culo dejan a salvo lo establecido por la legislaci3n especial.

Art3culo 1.635: Autorizaci3n al Poder Ejecutivo Nacional. El Poder Ejecutivo Nacional queda autorizado para aumentar la cantidad indicada en el art3culo anterior, teniendo en cuenta el poder adquisitivo del dinero y la situaci3n econ3mica general.

15 Reformas al Derecho Privado, p3g. 186/7.

16 FRUSTAGLI, Sandra y SAIEG, M3nica. "El contrato de leasing en el marco normativo de la ley 24.441. ANUARIO I 1.997, Facultad de Ciencias Econ3micas del Rosario, p3g. 102; NICOLAU, Noem3 Lidia. "El contrato de leasing y su tipificaci3n en la ley 24.441. TRABAJOS DEL CENTRO, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, 1.995, p3g. 121.

17 Art. 1165 Oponibilidad. Quiebra...En caso de concurso o quiebra del dador, el contrato contin3a por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opci3n de compra en el tiempo previsto.

En caso de quiebra del tomador, dentro de los sesenta d3as de decretada, el s3ndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo.

En el concurso preventivo puede optar por continuar el contrato o resolverlo, en los plazos y mediante los tr3mites previstos en la ley concursal. Pasados esos plazos sin que se haya ejercido la opci3n, el contrato se considera resuelto de pleno derecho, debi3ndose restituir inmediatamente el bien al dador, por el tribunal del concurso o de la quiebra, a simple petici3n del dador, con la sola exhibici3n del contrato inscripto y sin necesidad de tr3mite o verificaci3n previa. Sin perjuicio de ello, el dador puede reclamar en el concurso o en la quiebra el canon devengado hasta la devoluci3n del bien, en el concurso preventivo, o hasta la sentencia declarativa en la quiebra, y los dem3s cr3ditos que resulten del contrato.