REVISTA DE

DERECHO COMERCIAL DEL CONSUMIDOR Y DE LA EMPRESA

DIRECTORES

HÉCTOR ALEGRIA
RAFAEL M. MANOVIL
OSVALDO MARZORATI
JULIO CÉSAR RIVERA
ADOLFO A. N. ROUILLON

ÁREA DERECHO DEL CONSUMIDOR

GABRIEL STIGLITZ
ROBERTO A. VAZQUEZ FERREYRA

COORDINADORES

HÉCTOR O. CHOMER
CARLOS A. HERNÁNDEZ
CARLOS A. MOLINA SANDOVAL
MARTÍN E. PAOLANTONIO
FULVIO G. SANTARELLI
JORGE S. SICOLI

THOMSON REUTERS
LA LEY

El contrato de "sale and lease back" sobre cosas muebles

POR **FEDERICO SOSA**

Sumario: 1. Introducción. — 2. Concepto. — 3. El componente financiero y las ventajas derivadas del contrato. — 4. El S&LB en las leyes 24.441 y 25.248. — 5. La discusión sobre la validez del S&LB. — 6. Conclusión.

1. Introducción

El presente trabajo se propone abordar ciertas cuestiones relativas al contrato de "sale and lease back" sobre cosas muebles (en adelante, "S&LB"). En particular se analizan las ventajas que esta operatoria de índole financiera le depara al tomador, la validez del contrato bajo el régimen de las Leyes 24.441 y 25.248 y, por último, la inconsistencia de ciertas críticas que la doctrina ha formulado respecto de esta figura, las cuales -mayormente- parten de conceptos civilistas de aplicación dudosa al Derecho Comercial y de una falta de comprensión de la mecánica del contrato.

2. Concepto

El S&LB ha sido definido como una "técnica de asistencia financiera moderna que se materializa mediante la previa adquisición de un 'bien de capital' de naturaleza mueble o inmueble, que realiza la entidad prestamista a la empresa propietaria que se lo vende, para luego y en forma simultánea facilitarle el uso y la explotación de ese mismo bien, durante un período fijo con más la reserva a favor de la empresa tomadora de ejercitar la opción de compra del referido bien de capital al vencimiento del contrato y por su precio estipulado de antemano en función de la financiación acordada" (1).

A través de esta modalidad es frecuente la venta y ulterior utilización en locación financiera de fábricas o establecimientos industriales en funcionamiento (2).

"*El lease-back constituye una variante, auque muy especial, del leasing financiero, dado que quien vende el bien es el propio tomador, el que coetáneamente o después lo recibe para usarlo en virtud de un leasing, evitando que la empresa con necesidades de financiamiento quede desestructurada*" (3).

3. El componente financiero y las ventajas derivadas del contrato

La operación económica en el S&LB consiste en lo siguiente: "*el industrial no necesita renovar sus maquinarias, porque ya las tiene en su patrimonio pero precisa fondos para su actividad; conviene entonces con un banco una operación mediante la cual enajena a la entidad financiera el bien, y ésta se lo alquila. De este modo, el industrial recibe un préstamo bajo la forma de precio, y no pierde el uso del bien, ya que lo tiene en locación*" (4).

De esta manera, se advierte la existencia de una clara finalidad financiera toda vez que, mediante el uso de esta herramienta, "*el empresario moviliza sus activos fijos sin interrumpir la función que éstos cumplen en la explotación de su unidad de producción, a través de una operación por la que vende cosas muebles o inmuebles a una sociedad financiera y celebra con ésta un contrato de leasing sobre los mismos bienes*" (5).

En tal sentido, en el Mensaje de Elevación del Proyecto que luego sería la Ley 25.248, actualmente vigente, el Poder Ejecutivo ha sostenido

(1) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., "Contratos Bancarios y de Crédito", JA 1998-II, 998.

(2) COILLOT, Jacques, Leasing, Editorial Mapre, Madrid, 1979, pág. 206.

(3) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Régimen Jurídico del Sale and lease back", LL 2005-A, 1436.

(4) LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, T. II, pág. 535, Rubinzal Culzoni Editores.

(5) MALUMIAN, Nicolás, "Nuevo tratamiento fiscal del Sale & Lease Back", PET Nro. 217.

que "*mediante la figura del lease back, los activos de la empresa pueden ser dinamizados para la obtención de financiación barata, que no necesita desprenderse de la utilización de los bienes, de donde una inmovilización se transforma en capital líquido*" (6).

Por su parte, el Decreto 1038/2000 (reglamentario de la Ley 25.248), asimila las operaciones de S&LB con operaciones financieras a los efectos del tratamiento del Impuesto a las Ganancias (7).

Incluso de los Antecedentes Parlamentarios de la Ley 24.441 surge con claridad que la intención del legislador fue colocar la figura del leasing -en todas sus variantes- al servicio del financiamiento (8).

También la doctrina se ha referido a la financiación como un componente relevante de la figura analizada señalando: "*ese factor constitutivo del vínculo unificante de los actos componentes de la operación de leasing es la financiación que brinda una de las partes y a la que recurre la otra, a través de la cual se logra el ensamble de dichos actos de modo interdependiente (...) El dador del leasing estudia el negocio desde el punto de vista de la celebración de una operación financiera habitual (...) Por su parte el tomador, al celebrar la operación, adopta una típica decisión sobre financiación*" (9).

Teniendo en cuenta lo expuesto, parece indudable que de la operatoria financiera en cuestión se deriva una serie de ventajas para el tomador que, indudablemente, no se encuentran presentes en otros contratos.

A saber:

- Obtención de financiación sin desmantelar sus plantas productivas.

- Continuidad en su ciclo productivo y consiguiente flujo de ingresos.

- Conservación de los materiales con la posibilidad de readquirirlos a un precio razonable.

- Tasas más bajas que las que hubiera obtenido suscribiendo un mutuo u otra operación financiera tradicional (10).

---

(6) Antecedentes Parlamentarios, Ley de Leasing, Año 2000, N° 6, página 1943.

(7) Art. 2: "Cuando en los contratos de leasing de cosas muebles o inmuebles, a que se refiere el artículo 1º del presente decreto, los dadores revistan la calidad de entidades financieras regidas por la Ley Nº 21.526, fideicomisos financieros constituidos conforme a las disposiciones de los artículos 19 y 20 de la Ley Nº 24.441, o empresas que tengan por objeto principal la celebración de esos contratos y en forma secundaria realicen exclusivamente actividades financieras, a los fines del impuesto a las ganancias los mismos se asimilarán para dichos dadores a operaciones financieras, siempre que su duración sea superior al cincuenta por ciento (50 %), veinte por ciento (20 %) o diez por ciento (10 %) de la vida útil del bien, según se trate de bienes muebles, inmuebles no destinados a vivienda o inmuebles con dicho destino, respectivamente, determinada de acuerdo a la estimación que a este único y exclusivo efecto se establece en la Tabla que se incorpora como anexo del presente decreto y se fije un importe cierto y determinado como precio para el ejercicio de la opción de compra.La Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, podrá modificar la Tabla a que se refiere el párrafo anterior, agrupando, desagregando o incorporando bienes o, en su caso, aumentando o disminuyendo las estimaciones consignadas en la misma, cuando dichas adecuaciones resulten necesarias para una mejor aplicación del régimen.La recuperación del capital aplicado a dichas operaciones se determinará dividiendo el costo o valor de adquisición del bien objeto del contrato -disminuido en la proporción de éste que se encuentre contenida en el precio establecido para ejercer la opción de compra- por el número de períodos de alquiler fijados en el mismo.El costo a considerar a los efectos señalados precedentemente, será el que se determine de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, según se trate de bienes muebles, o inmuebles, respectivamente.Las diferencias resultantes entre el importe de los cánones y la recuperación del capital aplicado prevista en este artículo, constituirán la ganancia bruta obtenida por el dador".

(8) De la Exposición de Motivos del Diputado Crostelli, miembro informante del dictamen de la mayoría.

(9) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., op. cit.

(10) Ello se justifica porque el riesgo para el dador es más bajo, toda vez que cuenta con la propiedad del bien. En tal sentido se ha señalado que la operación "parece más ventajosa que el recurso al crédito externo con garantía real sobre el bien porque permite obtener el cien por ciento del valor de mercado del bien. Además en la práctica es más fácil acceder a esta vía de financiación porque la entidad del leasing es propietaria del bien, con lo que asume menos riesgos que un acreedor garantizado" (DAMIANI, Marina V., "El contrato de Sale & Lease Back", RADT Nro. 13, Ed. RAP, pág. 149).

- No se incrementa el pasivo contable del tomador (11).

- Posibilidad de mantenimiento del control societario (12).

Por su parte, parece posible señalar que el S&LB no sólo le depara enormes ventajas al tomador sino que, también, resulta conveniente para la economía nacional pues, prima facie, se vislumbra como susceptible de facilitar su expansión, toda vez que permite a las empresas tomadoras efectuar inversiones, sin perder por ello la disponibilidad de sus medios de producción.

4. El S&LB en las leyes 24.441 y 25.248

La Ley 24.441 (13)no contemplaba expresamente, por lo menos con respecto a las cosas muebles, la figura del S&LB pues, en su artículo 27 (14), donde se definía el contrato de leasing y se preveían sus modalidades, se exigía que las cosas muebles fueran compradas por el dador a un "tercero", circunstancia que parecía descartar la hipótesis de compra al propio tomador que se da en el S&LB.

Con respecto a los inmuebles, en cambio, el art. 27 de la Ley 24.441 sólo requería que los mismos fueran de propiedad del locador. En este sentido, parecía posible interpretar que el S&LB estaba incluido en la definición, circunstancia ésta que -más tarde- fuera confirmada por el art. 4 del Decreto 837/1997 (15) que expresamente hiciera mención, a efectos tributarios, a las operaciones de S&LB sobre inmuebles.

La Ley 25.248 (16), que derogara el régimen del contrato de leasing contenido en la Ley 24.441, luego de definir al contrato de leasing como aquel en el cual "el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce contra el pago de un cánon y le confiere una opción de compra" (17), contempla al S&LB como una de las especies o modalidades del contrato de leasing, sin distinguir si el objeto del contrato son cosas muebles o inmuebles (18).

En consecuencia, parece posible afirmar que, a partir de su recepción en la Ley 25.248, el S&LB es un contrato nominado y típico en el Derecho Argentino.

---

(11) "Aunque es frecuente que en los contratos financieros se prevea el cómputo de los pagos adeudados como pasivo al efecto del cómputo de ciertos convenants a los que el deudor se sujeta, a falta de previsiones en ese sentido, los pagos a realizar en virtud del leasing no se contabilizan como pasivo, mejorando así los ratios financieros del tomador" (PAOLANTONIO, Martín E., Régimen legal del leasing, pág. 23, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires).

(12) "A diferencia de los mecanismos de financiación que incluyen la emisión de acciones o títulos convertibles en acciones, con el consecuente efecto de dilución sobre la tenencia de los accionistas controlantes, el recurso al leasing no provoca impacto alguno en la estructura de control de la empresa" (PAOLANTONIO, Martín E, op. cit.).

(13) B.O. 16/01/1995, Nro. 28.061.

(14) "Art. 27: Existirá contrato de leasing cuando al contrato de locación de cosas se agregue una opción de compra a ejercer por el tomador y se satisfagan los siguientes requisitos:a) Que el dador sea una entidad financiera, o una sociedad que tenga por objeto la realización de este tipo de contratos; b) Que tenga por objeto cosas muebles individualizadas compradas especialmente por el dador a un tercero o inmuebles de propiedad del dador con la finalidad de locarlas al tomador; c) Que el canon se fije teniendo en cuenta la amortización del valor de la cosa, conforme a criterios de contabilidad generalmente aceptados, en el plazo de duración del contrato. No rigen en esta materia las disposiciones relativas a plazos máximos y mínimos de la locación de cosas; d) Que el tomador tenga la facultad de comprar la cosa, mediante el pago de un precio fijado en el contrato que responda al valor residual de aquélla. Esa facultad podrá ser ejercida a partir de que el tomador haya pagado la mitad de los períodos de alquiler estipulados, o antes, si así lo convinieron las partes".

(15) "Art. 4: Incorpórase como artículo 12 bis, el siguiente: 'IV — Operaciones de Lease Back — Art. 12 bis: Los contratos de leasing celebrados por los dadores comprendidos en los incisos a) o b) del artículo 1º del presente decreto, que tengan por objeto inmuebles de su propiedad, adquiridos a tal fin a quienes resulten los tomadores de los mismos, se asimilarán a operaciones financieras y tendrán el siguiente tratamiento tributario (...)'".

(16) B.O. 16/06/2000, Nro. 24.919.

(17) Art. 1.

(18) "Art. 5: Modalidades en la elección del bien: El bien objeto del contrato puede: (...) ser adquirido por el dador al tomador por el mismo contrato o habérselo adquirido con anterioridad".

5. La discusión sobre la validez del S&LB

Tanto bajo el régimen de la Ley 24.441 (que no contemplaba expresamente la figura del S&LB) (19) como en la actualidad, donde rige la Ley 25.248 (que sí contempla expresamente dicha modalidad), se ha discutido acerca de la validez de este contrato, sobre todo a la luz de ciertos principios del Código Civil que se han intentado trasladar, a veces sin mayores reflexiones, al Derecho Comercial.

Sin perjuicio de que, bajo el régimen actual, la discusión parece haber sido superada por el expreso reconocimiento del S&LB en la norma legal (20), el debate no pierde trascendencia pues: (i) es probable que existan aún numerosos contratos de S&LB celebrados antes de la vigencia de la Ley 25.248 y que, en consecuencia, podrían considerarse regidos por la Ley 24.441; y (ii) porque, aún fuera del supuesto anterior, en los casos de contratos celebrados durante la vigencia de la Ley actual parece sumamente interesante determinar si, efectivamente, más allá de su existencia como norma positiva vigente, la Ley 25.248 contradice o no ciertas figuras del Derecho Civil y, en particular, de los Derechos Reales de Garantía.

5.i. Las críticas de la doctrina a la figura del S&LB

En doctrina se ha criticado la figura del S&LB por contravenir, por un lado, la prohibición del pacto comisorio en garantía y de la venta con pacto de retroventa y, por otro lado, el principio del numerus clausus de los Derechos Reales.

5.i.a. El pacto comisorio en garantía

El pacto comisorio en garantía "es el convenio entre deudor y acreedor para que los bienes ofrecidos en garantía real por aquél, ingresen de manera inmediata en el patrimonio de éste, si llegado el vencimiento del crédito, cuya satisfacción aquéllos salvaguardan, no se cumple" (21). Esta especie de pacto comisorio está expresamente vedada por el artículo 3.222 del Código Civil (22).

Considerando lo expuesto, se ha cuestionado la validez del S&LB en base a una supuesta infracción en la mecánica de dicho contrato a la prohibición del citado artículo 3222 del Código Civil.

En tal sentido, se ha señalado que "el lease back busca movilizar los activos fijos de una empresa sin interrumpir la función que ellos cumplen en la explotación de su unidad de producción. Es por ello que generalmente se advierte una función de garantía en la transmisión del dominio de las cosas muebles o inmuebles que luego van a ser objeto de un contrato de leasing (locación) entre las mismas partes, y quien efectúa un préstamo, asegurándose la propiedad de la cosa, ve cubierto el riesgo del incumplimiento por parte del tomador del crédito, sin necesidad de ejecutar los bienes de su deudor. Se violan consecuentemente todos los principios de los derechos en garantía, en un régimen que como el nuestro, impide pactos comisorios y la apropiación directa de la cosa por parte del acreedor" (23).

5.i.b. La prohibición de venta con pacto de retroventa

Otro de los cuestionamientos efectuados por la doctrina contra la figura del S&LB radica en señalar una aparente colisión entre esta forma moderna de obtener financiación y la prohibición de venta con pacto de retroventa dispuesta por el art. 1380 del Código Civil (24).

(19) Ha señalado el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose al S&LB, que "la ley 24.441 no prohibió esta modalidad, por lo que no se la puede considerar ilícita" (LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., pág. 536).

(20) "Hoy no existen dudas de su validez, ya que esta modalidad aparece contenida en el art. 5, inc. e, ley 25.248, en cuanto señala que el objeto del contrato 'puede' ser adquirido por el dador al tomador por el mismo contrato o haberlo adquirido antes. Aún más, el art. 6, párr. 3°, ley 25.248, regula el tema de la evicción y vicios redhibitorios en el lease-back" (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit.).

(21) DE REINA TARTIERE, Gabriel, "Las garantías reales atípicas (La propiedad como garantía)", JA 2004-III, 1000.

(22) "Art. 3222: Es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en este título. Es igualmente nula la cláusula que prive al acreedor solicitar la venta de la cosa".

(23) HIGHTON, Elena I., "El leasing en el Common Law y traslación de la noción al Derecho Argentino", RDPC N° 3, 1993, pág. 271.

(24) "Art. 1380: Las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa".

En este sentido, se ha establecido:

"Las garantías pueden asumir diversas formas y una de ellas, por cierto la más primitiva, es aquella en la cual el deudor entrega al acreedor en plena propiedad una cosa, con el compromiso por parte de éste de restituirla o retransmitirla una vez que el deudor haya pagado su deuda. Es la llamada venta con pacto de retroventa, que en nuestro sistema jurídico está prohibida expresamente cuando se trata de cosa mueble (...). En tal supuesto, dependiendo de los valores y otras pautas que deben tenerse en cuenta, se advierte que [el S&LB] no se trata de una venta, ni de una locación, pues si el deudor puede volver a adquirir las cosas enajenadas y alquiladas, el cambio de titularidad de las mismas no era más que una forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, debiendo consolidarse el dominio en cabeza del acreedor ante el incumplimiento por parte del primero (...)" (25).

5.i.c. El principio del numerus clausus

Otra de las objeciones que se han formulado contra la figura analizada es que, según alguna doctrina, estaría en contradicción con el principio del numerus clausus contenido en el art. 2502 del Código Civil respecto de los Derechos Reales, que sólo pueden ser establecidos por la ley (26).

5.ii. La inconsistencia de las críticas y la consiguiente validez del S&LB en el Derecho Argentino

Habiendo expuesto las principales críticas de la doctrina, corresponde abordar cada una de ellas para determinar, finalmente, si la contradicción entre el contrato analizado y las instituciones del Código Civil mencionadas en el acápite anterior es o no real.

5.ii.a. La aplicación de institutos del Derecho Civil al Derecho Comercial

Como puede advertirse, las normas con las cuales alguna doctrina sostiene que colisionaría el S&LB están contenidas en el Código Civil.

Ahora bien, el S&LB es una operación netamente comercial (27) respecto de la cual aparece, cuanto menos, como de dudosa aplicación (por lo menos en forma directa) la normativa civil.

En tal sentido:

"Cuando el legislador ha regulado una institución comercial, lo hizo en forma autónoma del derecho civil, sin pensar en la aplicación subsidiaria del último en la parte omitida. Estas omisiones deben suplirse con principios análogos de la misma materia mercantil, sin recurrir a la civil (...) Esa es la doctrina predominante en nuestro país y que la doctrina y la jurisprudencia tuvo la oportunidad de aplicar en la prueba de la fecha cierta en las letras de cambio y en los contratos de prenda comercial, así como en el doble ejemplar de los contratos y en el pacto comisorio (...) el pacto comisorio es válido, tratándose de cosas muebles, en la compraventa mercantil; Cámara Criminal, 10 de julio de 1925, 'Jurisprudencia Argentina', t. 16 pág. 812; arts. 1376 del Código Civil y 216 del Código de Comercio. Lo mismo ocurre con el pacto de retroventa o de reventa, contemplado por los arts. 1380 y 1435 del Código Civil (...). En consecuencia, la disposición excepcional del art. 1380 del Código Civil, no concordante siquiera con la doctrina y legislación que prevalecen en la materia y menos con la facilidad de las transacciones en materia comercial, no es posible aplicar en esta materia" (28).

Sin perjuicio de que, como se manifestara, las prohibiciones del Código Civil podrían interpretarse como inaplicables (o, cuanto menos, de dudosa aplicación) en materia comercial, cabe analizar, de todos modos, si el S&LB colisiona en algún modo con las mismas.

5.ii.b. El pacto comisorio en garantía

Lejos está el S&LB, siempre y cuando sea celebrado en regulares circunstancias, de implicar una transferencia de propiedad en garantía.

Por el contrario, en un S&LB regularmente celebrado, la compraventa que necesariamente

(25) HIGHTON, Elena I., op. cit.

(26) "Art. 2502: Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por éste Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

(27) Máxime cuando el dador es una entidad financiera o una entidad que tiene como objeto la celebración de este tipo de contratos en forma habitual.

(28) SATANOWSKY, Marcos, Tratado de Derecho Comercial, T. I, 1957, págs. 139 y sgtes. En similar sentido, LAFAILLE, Héctor, Curso de Contratos, Editorial Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, T. 3, 176.

precede al leasing no es un contrato accesorio con fines de garantía (pues al momento de la celebración del mismo no hay deuda preexistente), sino un presupuesto necesario para que el bien pueda ser dado en leasing (29).

Al respecto, se ha señalado:

"Ninguna duda de esas objeciones puede tener andamiento si partimos de la base que en el lease back el traspaso de la propiedad a quien concede el préstamo se produce simultáneamente con la estipulación del contrato y no hay un crédito preexistente en cuya consecuencia se transfiere el bien como garantía de la restitución. Es que, como lo ha sostenido la jurisprudencia italiana, la validez de esta operación se explica por el efecto traslativo inmediato y no subordinado a algún incumplimiento por parte de quien se mantiene en la utilización del bien" (30).

Ahora bien, lo expuesto no implica que, en otras circunstancias, la validez del contrato no pueda ser cuestionada cuando su utilización encubra no ya una operación como la descripta más arriba sino, más bien, una simulación con fines de ocultar un mutuo con transferencia de la propiedad en garantía, circunstancia que podría configurarse cuando existiera un crédito anterior a la celebración del S&LB en el que el tomador resultare deudor.

En tal sentido:

"En nuestro derecho, actualmente, la previsión expresa contenida en el art. 5, inc. e), de la ley 25.248 lo convierte indudablemente en un negocio típico y, en consecuencia, lícito, fuera del alcance de la prohibición del pacto comisorio. Se podrá cuestionar la política legislativa seguida, pero ya no es posible discutir la licitud de la figura. Sin perjuicio de ello, como cualquier otro negocio admite la simulación. En tal hipótesis, o sea, cuando del caso concreto surgiere que el lease back fuere un negocio simulado celebrado para ocultar un mutuo con transferencia de propiedad en garantía, el negocio podría ser declarado inválido pues estaría alcanzado por la prohibición del 3222:CCiv. y la aplicación analógica que la doctrina ha hecho del mismo. La doctrina tiene entendido que esa simulación existiría cuando entre tomador y dador preexistiera un crédito y con fines de garantizarlo se celebrara el lease-back" (31).

Por su parte, es interesante mencionar que existe un precedente de la Suprema Corte de Italia que individualizaría una serie de indicadores que permitirían descubrir, en cada caso concreto, la existencia de una simulación como la mencionada. A saber:

"(a) ausencia de algunos de los elementos objetivos o subjetivos que caracterizan al esquema negocial, como ser: ausencia del fin inmediato de liquidez; que los bienes enajenados no sean instrumentales en el desarrollo de la actividad empresaria del tomador; ausencia de interés del tomador en la utilización del bien; presencia de cláusulas que dejen el bien a disposición material del dador;

(b) dificultades económicas de la empresa vendedora que avalasen la sospecha de un aprovechamiento de las condiciones de debilidad del deudor;

(c) la concreta valoración económica del negocio, en relación a la adecuada proporcionalidad de las prestaciones correlativas. Respecto de ello, deberá considerarse en orden a determinar la licitud de la operación: la correspondencia entre el precio de venta del bien y su valor de mercado; si el monto de los cánones a pagar por el tomador se adaptan a las técnicas propias de su determinación en el leasing; etc." (32).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto y en punto a la pretendida existencia de un pacto comisorio en infracción al art. 3222 del Código Civil, parece conveniente poner especial atención al redactar las cláusulas que regirán un determinado contrato de S&LB.

En efecto, lo que la norma citada prohíbe es el aprovechamiento por el acreedor de la situación del deudor, el cual, por vía del pacto comisorio,

(29) "Se puede decir, pues, que la citada compraventa no viene celebrada con fines de garantía, sino con fines de leasing" (LEYVA SAAVEDRA, José, "El lease back, una moderna técnica financiera", Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. 68-B, p. 38, citado por MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit.).

(30) FARGOSI, Horacio P., "Esquicio sobre el lease back", ED, 144-953.

(31) FRESNADA SAIEG, Mónica L. — HERNÁNDEZ, Carlos A., Leasing, Lexis Nexis-Depalma, 2002 (Lexis N° 1509/000276).

(32) FRESNADA SAIEG, Mónica L. — HERNÁNDEZ, Carlos A., op. cit.

podría quedar despojado de un objeto prendado (u ofrecido en garantía) de mayor valor por la falta de pago de una deuda de menor valor.

Este eventual problema parece posible de ser superado mediante la previsión contractual de que, ante la mora del deudor, no pueda el acreedor apoderarse directamente de la cosa sino que, en lugar de ese pacto comisorio, deba seguirse un procedimiento de enajenación privada o pública de la misma para que, una vez determinado el saldo adeudado por el tomador, el acreedor se cobre del producido de la venta y, eventualmente, en caso de existir un remanente, le restituya esos fondos al tomador.

De esta manera no parece existir, por lo menos a simple vista y sin perjuicio de las vicisitudes generales que pueden afectar a todo contrato, aprovechamiento alguno ni abuso por parte del acreedor, pues éste no tendría derecho a quedarse con los bienes objeto del contrato, sino a venderlos y a cobrarse su crédito del producido de tal venta, con lo cual la supuesta infracción al art. 3222 en el caso habría desaparecido.

5.ii.c. Venta con pacto de retroventa

No existe en el S&LB una venta con pacto de retroventa pues la venta que se realiza (sin perjuicio del leasing posterior) es pura y simple y transmite un dominio pleno.

"En el lease back -se expresa- la compra venta es pura y simple, es decir, no está supeditada a condición alguna; el mismo pacto de opción, que permite a la usuaria readquirir la propiedad del bien vendido, es una cláusula propia del contrato de leasing, no de la compra venta en garantía con pacto de retroventa" (33).

"(...) desde un punto de vista estrictamente jurídico, es claro que el leaseback no importa una retroventa. En primer lugar, el tomador-vendedor transfiere al dador un dominio pleno, no revocable como el que obtendría bajo una compraventa con pacto de retroventa. Adicionalmente, la opción de compra que lo acompaña carece de los efectos retroactivos de aquélla, y sólo dispone para futuro, sin desconocer los efectos ya producidos" (34).

(33) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit.

(34) PENNIMPEDE, Germán G., "Prohibición de retroventa de cosa mueble: ¿es aplicable extensivamente?", LL 2009-F, 4/11/2009.

5.ii.d. El principio del numerus clausus

De todas las críticas expuestas parece ser la más débil habida cuenta que, como se manifestara ut supra, el S&LB, siempre que sea regularmente celebrado, no es una transferencia de propiedad en garantía sino una operación financiera.

A todo evento, y aun suponiendo que fuera una operación de garantía, ni el contrato de S&LB, ni los derechos que el mismo confiere al dador, necesitarían como presupuesto de validez encuadrar dentro de los derechos reales establecidos taxativamente en el Código Civil, pues, en tal supuesto, no se habría creado ningún derecho real no previsto en dicha norma sino que, por el contrario, se estaría haciendo uso del más común de todos ellos (el dominio) a los efectos de respaldar la operación.

En tal sentido:

"La genérica aceptación de la transmisión en garantía no importa su reconocimiento como nuevo derecho real de garantía. Será el derecho de dominio el que respalde la operación, haciendo que los demás acreedores del deudor queden relegados y tengan que respetar, en la medida en que hayan podido conocerlo, el ámbito de poder concedido por la transferencia" (35).

5.ii.e. La Ley de Entidades Financieras

Por último, y por si quedara alguna duda en relación a la validez de los contratos de S&LB sobre cosas muebles en los que el dador es una entidad financiera (como sucede en la mayoría de los casos), cabe tener presente que los arts. 21, 22 y 24 de la Ley 21.526, referidos al objeto de los bancos comerciales, bancos de inversión y compañías financieras, establecen que los bancos pueden: (a) realizar toda operación no prohibida por la ley; y (b) dar en locación bienes de capital adquiridos con tal objeto, sin efectuar distinción en cuanto a la persona de quien se adquieren los mismos.

En tal sentido, este tipo de operaciones es, fue y será absolutamente válida pues "encuadra perfectamente en las disposiciones de la ley 21.526 como una de las operaciones financieras que pueden realizar los bancos comerciales y de inversión y las compañías financieras" (36).

(35) DE REINA TARTIERE, Gabriel, op. cit.

(36) BARREIRA DELFINO, Eduardo. A, op. cit.

6. Conclusión

De todo lo expuesto, parece posible concluir que el S&LB siempre fue válido en nuestro Derecho. En un primer momento, por la ausencia de prohibición expresa por parte de la Ley 24.441 y, luego, por la recepción expresa en la Ley 25.248.

Por su parte, las objeciones que se han formulado respecto de esta figura son sólo aparentes o, cuanto menos, solucionables con una adecuada redacción del instrumento del contrato.

Ahora bien, la validez, eficacia y oponibilidad del S&LB no son absolutas y, claro está, pueden ceder ante supuestos en los que se acreditare una simulación ilícita o fraude a los acreedores.

Sin embargo, como "los actos jurídicos, y la conducta humana en general, se presumen lícitos; y también la buena fe de quienes los realizan" (37), deberá el interesado acreditar debidamente la configuración de dichos supuestos (38).

De esta manera, y sin recurrir a teorías que rechazan las modernas formas de financiamiento que -como el S&LB- tienen innumerables ventajas no sólo para las partes sino también para la economía nacional, quedarán equilibrados todos los valores en juego sin ser necesario tomar una posición recelosa con instituciones como la analizada que no hacen más que beneficiar la obtención de financiamiento a un costo más bajo que el permitido por los métodos tradicionales.

Después de todo, no puede perderse de vista la razón de la existencia del Derecho Comercial, que -como es sabido- nace y evoluciona al ritmo de los constantes cambios y necesidades que se van presentando en la realidad económica y el mundo de los negocios, cambios y necesidades éstos que, la mayoría de las veces, no pueden ser receptados inmediatamente por el legislador.

Por ello, justamente, "cuando nos debemos enfrentar a operaciones de fuerte contenido económico que tienden a solucionar problemas reales de la actividad, lo propio no es buscar las normas obstaculizadoras sino recurrir a la interpretación creadora, obviamente, dentro de las pautas y marcos fundamentales del ordenamiento jurídico" (39). ◆

(37) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit.

(38) "No toda operación de lease back lleva implícita una presunción de simulación. Al contrario, la figura no sólo es válida, sino que tampoco tiene necesariamente una carga valorativa negativa. Deberá 'acreditarse' que se simuló una situación jurídica que no condice con la realidad" (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit.).

(39) FARGOSI, Horacio P., op. cit.