



Consejo Federal del Notariado Argentino

LEASING INMOBILIARIO.-

Esc. Augusto Pablo Mariño Galasso

INTRODUCCION.-

Como ideas preliminares diremos que el presente trabajo abarca al leasing inmobiliario en Republica Argentina.- Y definiremos al mismo desde el marco normativo vigente (ley 25.248) adhiriendo a la postura de Nicolas A. Soligo Schuler¹, es decir no definiremos al leasing en base al derecho extranjero, ya que en este muchas veces la opción de compra no está contemplada, como lo es en Estados Unidos, tampoco lo definiremos como un contrato de carácter económico-financiero, ya que la nueva ley de leasing amplía las posibilidades de su utilización y tampoco daremos sus características en base a la normativa hoy derogada (ley 24.441) como lo hizo y lo sigue haciendo gran parte de la doctrina, ya que hoy en la Republica Argentina, sin importar sus antecedentes, sean estos históricos y/o legislativos, lo que impera en materia de leasing y por ende también de leasing inmobiliario es la ley 25.248, que será el punta pie inicial para el presente trabajo.

Solamente basta decir que la mencionada normativa fue sancionada el 10 de mayo de 2000, promulgada el 8 de junio de 2000 y publicada en el Boletín Oficial el 14 de junio de 2000.-

ORIGENES, DEFINICION Y CONCEPTO.-

Si bien sus orígenes concretos provienen del derecho anglosajón, más precisamente el contrato de leasing apareció en los Estados Unidos en la década de 1950, con la creación de la "United States Leasing Corporation"² en San Francisco, la que recibió un crédito del Bank of Boston a los efectos de financiar un gran suministro de alimentos que la Marina de Estados Unidos había solicitado al Sr. Booth, quien para poder financiarse arrendo los equipos necesarios y así creo la mencionada compañía.

El término *leasing* proviene del vocablo ingles *to lease* que significa arrendar, por lo que el termino es insuficiente dentro de nuestro marco normativo, aunque internacionalmente se adopto dicho termino para evitar confusiones, en la Convención de Unidroit, que es el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado, celebrada en Ottawa en 1988, al cual la Argentina no adhirió.-

Definiciones adoptadas por la doctrina

La doctrina lo ha definido de la siguiente manera:

Daniel Roque Vitolo define al leasing como "el negocio jurídico bilateral, contrato, celebrado por una entidad denominada dadora que , con el fin de otorgar financiamiento a su cliente, denominado tomador, adquiere un bien por su indicación, entregando a éste su uso y goce, por un precio cierto en dinero, durante un plazo determinado, a cuyo término podrá optar el tomador por adquirir el dominio del bien, previo pago de su valor residual"³

Carlos A. Ghersi lo ha definido como "un método de financiación, por el cual el acreedor (vendedor-locador)financia al deudor (adquirente-arrendatario) a los efectos de posibilitar la compra de un bien...de tal forma que el deudor reconoce a favor del acreedor un pago periódico (mensual, trimestral, etc) que puede caracterizarse como canon locativo o como parte de pago del precio si acepta la opción de compra, debiendo en ese momento –jurídicamente acepta la oferta de venta-transformando la operatoria de locación a compraventa-pagara un valor residual para completar el precio (total) de venta"

Para Lavalle Cobo-Pinto es la operación por la cual una institución financiera concede a una empresa el uso y goce de un bien de capital –adquirido por ella a su fabricante o proveedor, a instancias del interesado, y al solo efecto de dicha convención –mediante un contrato de locación especial, en el cual el precio del alquiler se fija con la relación al costo del dinero en el mercado financiero, comprendiendo dicho precio el reintegro del capital invertido por la entidad financiera, los intereses, los gastos y el margen de beneficio de ésta, y cuya duración coincide total o parcialmente con la vida útil prevista para el bien y sus plazos de amortización a los fines impositivos. A su finalización el locatario tiene, generalmente, opción para comprar el bien por su valor residual, o para pactar un nuevo arrendamiento a precio reducido.

Nótese que en las definiciones dadas se hace hincapié al contrato como un medio de financiación, esto es así porque, como veremos más adelante, las primigenias normativas en la Argentina sobre el leasing surgieron en el ámbito bancario-financiero y fue así como también lo recepto la ley 24.441, antecedente inmediato de la actual ley 25.248.

En cambio Nicolas A. Soligo Schuler define al leasing como "contrato (acto jurídico bilateral y patrimonial) por el cual una de las partes, llamada dadora, se obliga a transmitir durante un plazo el

¹ Soligo Schuler, Nicolas Agustín, La Registración del leasing Inmobiliario, Fund. Editora Notarial, 2008

² Orelle, J.M, Armella, C.N, Causse, Jorge R, Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, Ley 24.441, Ed. Ad -Hoc

³ Vitolo, Daniel R., Manual de Contratos Comerciales, Ed. Ad-Hoc, Bs.As.



Consejo Federal del Notariado Argentino

uso y goce de un bien cierto y determinado (cosa mueble o inmueble, marcas, patentes, modelos industriales o software, pudiendo incluirse servicios y accesorios) y la otra parte, llamada tomadora, se obliga a pagar un canon periódico determinado o determinable, teniendo esta última una opción de compra a su favor por un precio también determinado o determinable, una vez que haya pagado tres cuartas partes del canon total estipulado o antes si así fuera convenido.⁴

En esta definición encontramos los elementos esenciales del contrato de leasing como ser , sujetos, bien, canon, plazo, opción de compra y precio y dejan de aparecer conceptos viejos como es el tema del financiamiento, el valor residual del bien, los sujetos dadores eran las entidades financieras, o incluso confundirlo con contratos de "locación especiales", todo lo que trajo una confusión a los fines de establecer la naturaleza jurídica del leasing y así poder comprender acabadamente este nuevo instituto en nuestro actual esquema normativo.

Antecedentes Normativos

El antecedente inmediato a la actual ley es la ley 24.441, que lo definió en su artículo 27 : "existirá contrato de leasing cuando al contrato de locación de cosas se agregue una opción de compra a ejercer por el tomador..." asimismo se establecía un limitación en los sujetos dadores del mismo.- A su vez el antecedente inmediato de esta ley se reconoce en el Decreto 468/92 proyecto de reforma del Código Civil que el Poder Ejecutivo envió al Senado de la Nación inspirado en el decreto belga del 10 de noviembre de 1967.

En materia inmobiliaria fue específicamente receptado en 1977 por la Ley 21.526 que reformo la ley 18.061, en la que se prohibía a las entidades financieras adquirir bienes inmuebles que no fueran para uso propio. A su vez la antigua 18.061 en los artículos 18 inc. I y 20 inc. K, establecía en términos idénticos que los bancos de inversión y las compañías financieras podían dar en locación bienes de capital adquiridos a tal objeto.

Concepto normativo actual.

La ley 25.248 en su artículo 1ro. establece la siguiente definición: " 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"

Si bien la norma se aparta de la nota del artículo 495 del Código Civil, en el que Vélez establece que son impropias las definiciones para un Código de leyes, lo cierto es que aporta claridad a un instituto que es ajeno a nuestras costumbres romanísticas. Ya que se aparta de la definición del viejo art.27 de la ley 24.441, dejando de hacer hincapié que se trata de un contrato de locación con opción a comprar, para introducir conceptos técnicos más ajustados a un contrato que constituye en sí una unidad.- Asimismo se aparta de las causas que establecía la vieja ley, esto es que la causa del contrato de leasing era el financiamiento, hoy la causa del mismo puede ser múltiple, es decir puede ser una herramienta de financiación, pero también puede ser una herramienta comercial, cuya función fundamental es el cambio o inclusive la causa puede ser de garantía.

En materia inmobiliaria, el leasing inmobiliario, bajo la luz del nuevo concepto normativo, al excluir la causa fundamental como el financiamiento, hace que este instituto sea considerado como un contrato complejo, que está integrado por diversos elementos y no debe confundirse con un arrendamiento con opción a compra, sino que tiene unicidad de causa, y por lo tanto constituye una realidad unitaria e independiente.

Básicamente la definición legal contiene sus notas características:

- a) sujetos, que son el dador, quien transfiere la tenencia de un bien cierto y determinado, (que para el presente trabajo es un inmueble) y el tomador, quien lo recibe para usar y gozar a cambio de un canon y este tiene un derecho de una opción de compra
- b) objeto: la prestación del dador consiste en la transferencia del uso y goce de una cosa determinada, es decir transfiere la tenencia (y no la propiedad) a cambio de un canon.
- c) la opción de compra: que es un derecho que tiene el tomador, el que debe satisfacer el pago de un precio determinado. Esta nota es lo que caracteriza a este contrato en nuestra normativa.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE LEASING: derecho personal de ADMINISTRACION Y DISPOSICION

La naturaleza jurídica consiste en todos aquellos rasgos caracterizantes de un instituto jurídico para poder desentrañar su funcionalidad y conocer cuáles son los efectos. En la doctrina, nacional como internacional podemos distinguir las siguientes naturalezas jurídicas del leasing:

- 1) Locación-Venta, pacto de reserva de dominio o compraventa a plazos: para esta postura interpreta al contrato con la apariencia de una locación, pero que en realidad es una venta a plazos con reserva de dominio (prohibida para las cosas muebles conforme al art. 1374

⁴ Soligo Schuler, Nicolas A. op. Cit.



Consejo Federal del Notariado Argentino

CC), o como una locación real con una opción de compra accesoria. Quienes han sostenido estas teorías son Buonocore en Italia, Lavalle Cobo en nuestro país, esta doctrina fue receptada en el fallo "Singer SA c / Chagra, Alejandro", de la C.Nac.Com, 15/11/1913.

- 2) Promesa Unilateral de venta, sostenida por el mejicano Diaz Bravo, basado en la ley francesa.
- 3) Contrato o acto jurídico complejo, integrado por dos contratos, que no pierden su tipicidad, la locación y la venta, que son ejecutados sucesivamente en forma complementaria, siendo su característica esencial la simultaneidad de ambos actos. Esta postura la ha sostenido Linares Breton y Barreira Delfino, y juristas uruguayos.
- 4) Derecho Real: la naturaleza real del leasing fue propiciada por la XIII Convención del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (1984) y en las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1986) se lo propicio que debe ser legislado como un nuevo derecho real.
- 5) Contrato autónomo. La doctrina mayoritaria argentina, sostiene, luego de las sanciones de las leyes 24.441 y 25.248 que el leasing es un contrato sui generis y autónomo, ya que posee una personalidad definida y autosuficiente, que lo diferencia de otras figuras.

Sin embargo a pesar de contar con el apoyo de la mayoría de la doctrina, analizar la naturaleza jurídica del contrato de leasing como contrato autónomo, no nos permite extraer sus rasgos caracterizantes a los fines de poder establecer los efectos jurídicos que se proyectan entre los sujetos contratantes. Coincidimos en que es de carácter personal, ya que no participa de ninguno de las características de los derechos reales, a excepción del de la oponibilidad, que se deberá estudiar su análisis. Al definir a este contrato como de contenido personal, lo enrolamos en el ámbito de las obligaciones. Siguiendo el análisis y la naturaleza jurídica de las obligaciones consistente en su naturaleza jurídica ambivalente: EL DEBITO y LA RESPONSABILIDAD⁵. La naturaleza jurídica de las obligaciones expresadas bajo estos conceptos nos dan la idea completa de la dinámica obligacional. Siguiendo estas ideas, consideración que atento a la dinámica obligacional de este instituto, es también ambivalente, es decir tiene dos etapas perfectamente diferenciables : la etapa de la ADMINISTRACION o de uso y goce, en la cual el dador esta obligado a entregar la cosa y el tomador a recibirla y usarla de acuerdo a su destino, y en caso de no optar este por la opción a compra, restituirla a su dueño. En esta etapa esta caracterizada por obligaciones de dar cosa cierta para transmitir su tenencia (dador), y para restituir a su dueño (tomador). Asi como por obligaciones de dar suma de dinero (tomador), en forma sintética para ser esquemáticos. Y una segunda etapa de DISPOSICION o de opción de compra, que se inició con el dador, pero que le corresponde en forma exclusiva, unilateral e irrevocablemente al tomador. Esta etapa está caracterizada por obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales (por parte del dador) y obligaciones de dar suma de dinero (tomador).- Es así que pensamos que la correcta naturaleza jurídica del contrato de leasing es la de ser un derecho personal de ADMINISTRACION Y DISPOSICION, ya que podemos identificar sin miedo a equivocarnos los efectos que tiene este contrato para las partes sin necesidad de utilizar analogías con contratos similares, pero que al sumarlos en virtud de la causa fin que tuvieron las partes nos dejan de ser útiles para comprender este instituto.

CARACTERES

Del concepto dado por la ley podemos extraer las siguientes características del contrato de leasing inmobiliario:

Bilateral: esto implica que ambas partes tienen prestaciones a su cargo recíprocas, que dependen unas de las otras (art. 1138 C.C.). El dador tiene una serie de obligaciones a su cargo, como ser la entrega de la cosa y tiene como contrapartida el derecho creditorio de cobrar el canon por el uso y goce de la cosa y a percibir el precio de la cosa si se opta por la opción de compra. Mientras que el tomador tiene la obligación de pagar el canon, pagar el precio de la cosa si opta por la opción de compra, mantener la cosa, pagar sus impuestos, seguros, es responsable de la cosa, entre otras prestaciones que tiene a su cargo y a su vez tiene el derecho subjetivo de uso y goce de la cosa y tiene unilateralmente el derecho a opción de compra, el que es oponible hacia terceros, en la medida que el contrato este registrado en el registro pertinente (art. 8 de la ley 25.248). El vínculo en las obligaciones bilaterales se manifiesta a través de la exceptio non adimpleti contractus (art. 1201 C.C.) o también llamada excepción de contrato incumplido. De acuerdo a esta regla, una de

⁵ Op cit. Compagnucci de Caso, R, Wierzbica S, Rua, M.I, Mariño Galasso, A.



Consejo Federal del Notariado Argentino

las partes no podrá demandar el cumplimiento de un contrato bilateral si no prueba haberlo ella cumplido u ofrecer cumplirlo, o si no acredita que su obligación es a plazo.⁶

Oneroso: Es un contrato típicamente oneroso, ya que no cabría pensar en la gratuidad del mismo, ya que si así fuera en el primer tramo de la dinámica contractual, esto es en la etapa de administración, estaríamos frente a un contrato de comodato y en la segunda etapa, esto es en la de disposición, estaríamos frente a una donación. Es oneroso puesto que las ventajas que procuran a una u otra de las partes no le es concedida sino por una prestación que a ella le ha hecho o que se obliga a hacerle...(art. 1139 C.C.)

Consensual: de acuerdo al art. 1140 C.C. dispone que: “Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre la forma de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios desde que las partes hubieran recíprocamente manifestado su consentimiento”. El leasing inmobiliario es consensual, porque se perfecciona desde el momento en que las partes dieron su consentimiento en la escritura pública, esto es no es necesaria la entrega de la cosa.

Conmutativo: de la interpretación a contrario sensu del art. 2051 del C.C. se desprende la conmutatividad contractual, la que consiste en que las partes puedan apreciar las ventajas o pérdidas al momento de celebrarlo. El leasing es conmutativo ya que ambas partes saben desde el inicio las ventajas o pérdidas que pueden tener, no existiendo ninguna clase de alea o riesgo incierto. En el caso del leasing inmobiliario, dado que la financiación puede ser a largo plazo y la economía argentina puede ser un tanto cambiante a largo plazo, puede ser de aplicación la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 1198 del C.C., aunque tal circunstancia no desvirtúa la conmutatividad aludida.

Formal: La ley exige la forma escrita para los contratos de leasing, y para los contratos de leasing inmobiliario se exige la escritura pública conforme al artículo 8 de la ley 25.248. Ahora bien la escritura pública requerida es un requisito de forma ad solemnitatem, es decir constituye un recaudo de validez del negocio y no un simple requisito probatorio. La pregunta que nos queda es si el requisito de la escritura pública en materia inmobiliaria es una forma solemne absoluta o relativa y conforme Paolantonio, sostiene que es una forma solemne relativa, pero la forma escrita es una forma solemne absoluta, ya que mientras se cumpla con el carácter escrito, la instrumentación de menor calidad formal será válida como promesa de escriturar o contrato preliminar conforme a los artículos 1185 y 1187 del C.C.

Nominado y típico: el artículo 1143 del C.C. establece que los contratos son “nominados” o “innominados” según que la ley los designe o no bajo una denominación especial. Esta categoría ha sido desplazada por la de contratos “típicos” o “atípicos”, según exista o no un tipo legal. Es así como a partir de la ley 24.441, los contratos de leasing pasaron a ser nominados y típicos, antes de la sanción de dicha ley, eran contratos atípicos, ya que no tenían una consagración normativa clara, en la que se estableciera el tipo legal.

De tracto sucesivo: Los contratos de tracto sucesivo o continuados son aquellos que no tienen una solución de continuidad en el tiempo, es decir su ejecución se cumple en forma periódica o repetida en el tiempo. Los periodos en que se cumplen las obligaciones son libremente pactables, existiendo un plazo de caducidad con un máximo de 20 años en los contratos de leasing inmobiliario (art. 8, ley 25.248) pudiendo reinscribirse el contrato al termino de dicho plazo.

Civil o Comercial: La ley no ha previsto calificar al contrato como civil o comercial por lo que habrá que estarse a las normas generales del derecho, específicamente en materia inmobiliaria el art. 452 inc. 1 del Código de Comercio establece que no debe considerarse mercantil el leasing de inmuebles. No obstante a pesar de que recaiga sobre inmuebles, el leasing debe considerarse mercantil cuando una de las partes es comerciante o se trate de una sociedad comercial, en virtud del artículo 7 del Código de Comercio. En este sentido, en los autos “Banco Rio de la Plata SA c Bradostone Corporation S.A., C.N.Com, Sala D, 29/12/00, se decidió que la justicia comercial era competente, si ambas partes son sociedades anónimas y se invoca un leasing inmobiliario.

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO

Sujetos

La relación jurídica en el contrato de leasing se da entre dos sujetos, el dador y el tomador, conforme al art. 1 de la ley.- Estos sujetos pueden estar representados por poderes, pero se necesitan un poder especial de disposición, que lo autorice a otorgar y/o tomar, sea como dador o tomador contratos de leasing (conforme el art. 1888 inc 7 y 14 CC), ya que si el poder solo tiene clausulas de disposición pero no menciona al leasing, este implica un contrato que puede ser de larga duración y en consecuencia es aconsejable incluir esta clase de clausulas en los poderes¹⁷

El dador (o también llamado locador o arrendador) es quien transmite la tenencia de inmueble al tomador, que puede ser titular del bien objeto del leasing con anterioridad o bien comprarlo para

⁶ Compagnucci de Caso, R. Wierzba S., Rua, M.I, Mariño Galasso A., Obligaciones Civiles y Comerciales, Temas Fundamentales, Ed. Lexis Nexis, 2008.

⁷ Cof. El despacho 6 de la Comisión II de la XXXIII Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 2003



Consejo Federal del Notariado Argentino

darlo en leasing. A diferencia de la ley 24.441 que establecía que los dadores solamente podían ser una entidad financiera o una sociedad que tuviera por objeto la realización de este tipo de contratos. La ley 25.248 suprimió este requisito, dotando a la figura de una mayor flexibilidad, ya que en la actualidad cualquier persona física o jurídica puede ser dador, no exigiendo ningún requisito más que el de la capacidad de hecho y de derecho, y las partes podrán actuar de acuerdo a las causas que los movilicen.

El tomador asimismo (o también denominado locatario o arrendatario), puede ser una persona física o jurídica, también que deberá contar con capacidad de hecho y de derecho. En materia de leasing inmobiliario de viviendas nuevas, incluso lotes de terrenos adquiridos con el fin de vivienda y cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas la posición jurídica del tomador podrá encuadrarse dentro de la relación de consumo y por consiguiente estar amparado por la ley de defensa al consumidor.

Objeto

El objeto del contrato de leasing está establecido en el artículo 2 de la ley, el que dispone: “ Pueden ser objeto del contrato cosas muebles o **inmuebles**, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga facultad de dar en leasing”. La última parte de este párrafo hace alusión a la forma de adquisición del objeto conforme al artículo 5 de la ley 25.248.

Asimismo el artículo 7 establece que dentro del cálculo del canon se puede integrar los servicios y accesorios necesarios para ...la puesta a disposición de los bienes dados en leasing, es decir el costo de la escritura de adquisición y transmisión pueden integrar el precio del canon.

De acuerdo con el objeto del leasing se puede clasificar en inmobiliario, mobiliario (registrables o no) y de bienes que no sean cosas.

El leasing inmobiliario, según Barreira Delfino, no podría tener por objeto la construcción de viviendas porque el tomador no tendría en vista la posibilidad de declinar la opción de compra y restituir la cosa, circunstancia que desnaturalizaría al leasing. Sin embargo el leasing inmobiliario, sostiene Borda, que funcionaría perfectamente como una forma de financiación para el acceso a la vivienda.

Asimismo con relación al objeto, el artículo 8 de la ley de leasing dispone su inscripción en sus respectivos registros, esto es, la escritura pública que contenga el contrato de leasing deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción de ubicación del mismo. Más adelante profundizaremos sobre cuáles son los efectos de las inscripción y qué clase de derechos trae aparejado dicha inscripción.

La modalidad de elección del objeto es otra característica de importancia que tiene íntima relación con las causas del leasing (de financiamiento, operativo o comercial o de garantía o sale and léase back), que lo estudiaremos en modalidades del leasing inmobiliario. Por último y en este orden de ideas, más allá de cómo ingresa al patrimonio del dador, es necesario que este sea titular del inmueble que transmite en leasing, ya que nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que posee.

Canon y Precio de la opción de compra

No hay que confundir canon por el derecho al uso y goce con el precio para ejercitar la opción de compra.-

El art. 3 de la ley 25.248 establece con relación al canon que el monto y la periodicidad de cada canon se determina convencionalmente. Es decir le otorga a ambas partes la libertad suficiente de fijar el canon por el derecho a uso y goce del inmueble, liberándose de la vieja fórmula que traía la 24.441 al establecer que el cálculo del canon se debía contemplar la amortización del valor de la cosa conforme a criterios de contabilidad aceptados (art. 27 inc c).-

El canon constituye la prestación a cargo del tomador por el uso y goce de la cosa, durante la etapa de administración, el cual debe ser determinado en dinero (arte. 1493 CC), el cual puede fijarse en moneda nacional o moneda extranjera (art. 617 y 619 CC). El canon es pactado libremente por las partes, el cual puede ir variando por periodos, y puede estar integrado por el valor financiero del dinero para la compra de la cosa, la utilidad y/o beneficio, las amortizaciones de capital, y los intereses, aunque repetimos existe absoluta libertad para pactarlo. Asimismo suele incluir una amortización del capital de la cosa, que se imputara al valor de la cosa, en caso de que se haga opción del derecho de compra.

El precio del ejercicio de la opción de compra está regulado en el artículo 4 de la ley que establece que el precio del ejercicio de la opción de compra debe estar fijado en el contrato o ser determinable según procedimientos o pautas pactadas.

La ley establece nuevamente la libertad de pactar el precio para el ejercicio de la opción de compra, y basta con que sea determinable, es decir si no está determinado en el contrato pero el mismo trae las pautas para su determinación la falta de este elemento no anula el contrato, ya que siempre que se encuentren las pautas para poder establecer el precio de compra se entiende que se cumple con el requisito esgrimido por la ley. En la antigua redacción el precio respondía al valor residual del inmueble.



Consejo Federal del Notariado Argentino

Cabe hacernos una pregunta con relación al ejercicio de la opción de compra, el art. 16 establece que la opción puede ejercitarse habiendo pagado las 3 / 4 parte del canon locativo, es decir se puede pagar el precio establecido, determinado o determinable y así adquirir el bien inmueble, pero que ocurre con la cuarta parte del canon que no se pago. La ley guarda silencio al respecto, por lo que es aconsejable estructurar contratos en que se prevea tal circunstancia, como una clausula por pago adelanto de cánones.

Opción de Compra

La opción de compra constituye un elemento esencial y tipificante del contrato de leasing en la Republica Argentina, sin ella estamos en presencia de otras convenciones pero no del contrato de leasing acorde a la ley 25.248. La misma está regulada en el artículo 14, que establece la forma en que se puede ejercitar: "La opción de compra puede ejercerse por el tomador una vez que haya pagado tres cuartas (3 / 4) partes del canon total estipulado, o antes si así lo convinieran las partes.

Causa

Si bien la causa fin de los contratos constituye un elemento extrínseco no esencial, pero es fundamental al momento de poder interpretar un contrato conocer cuáles fueron las finalidades por las cuales las partes han contratado y desarrollado un negocio jurídico específico.

Así, siguiendo a Soligo Schuler, las causas finales de los contratos de leasing se pueden agrupar en tres categorías: la financiación, el cambio y la garantía.

La financiación se manifiesta en el leasing financiero, en esta modalidad el tomador pretende tener el uso y goce del inmueble sin tener el total del capital para adquirirlo. El dador a su vez lucra con los intereses y las utilidades resultantes de haber adelantado los fondos para adquirir el inmueble. La financiación consiste en aportar el dinero necesario para la adquisición del bien que solicita el tomador. En esta modalidad, se puede apreciar que la finalidad es por una lado la financiación y por otro lado la garantía, ya que el dador, tiene la propiedad del inmueble y solamente transmite la tenencia.

En el leasing operativo, la causa fin fundamental es el cambio, ya que es el dador dueño directo De la cosa inmueble que da en leasing, de esta manera puede colocar la cosa a precios más convenientes, porque el mismo financia la adquisición y asimismo garantiza esa financiación con la propia cosa.

Por último en el leasing de garantía o sale and léase back es el tomador, el que vende la cosa al dador. El dador así garantiza con la propiedad de la cosa, el dinero entregado en concepto de compra, el que será devuelto en forma de canon por el uso y goce de la cosa y el tomador luego tendrá el derecho a ejercitar la opción de compra. El dador así adelanta capital al tomador, y este adelanto de fondos, los garantiza con la propiedad de la cosa, ya que puede quedarse con el inmueble en forma más sencilla que con una hipoteca en caso que se ejercite el pacto comisorio.

MODALIDADES DEL CONTRATO.

Las modalidades clásicas del leasing las podemos encontrar en el artículo 5 de la ley. Y específicamente con relación al presente trabajo se puede encontrar leasing inmobiliario en cualquiera de sus tres opciones, ya que hoy la ley lo permite, no así con la antigua ley 24.441.

Leasing Financiero

Si bien la ley no lo consagra expresamente, en esta modalidad existe una estructura tripartita. El dador, a pedido del tomador, contrata con el proveedor la adquisición de un bien inmueble, ya que el tomador se encuentra con la necesidad de incorporar a su patrimonio dicho bien, pero no cuenta con el capital suficiente para hacerlo, es así que recurre financieramente al dador y este contrata en forma autónoma con el proveedor, que es un tercero en la relación de leasing. Como contraprestación el tomador se obliga a pagar cuotas o cánones, en forma periódica durante el plazo acordado en el contrato, las que se determinan normalmente según la amortización del costo del bien, el interés del capital adelantado y el beneficio. Constituye un requisito esencial la opción a compra por parte del tomador, que cuenta con la facultad de comprar dicho bien o desistir de esa alternativa y restituirlo a su dueño. También el tomador puede renovar el bien constituyendo otro leasing.

El dador así financia la adquisición del bien para el tomador, desembolsa el dinero que paga al proveedor y el tomador le devuelve en cuotas con intereses.

En nuestra ley esta modalidad está consagrada en el artículo 5 inc. A, b y c, que establece: "Modalidades en la elección del bien. El bien objeto del contrato puede: a) comprarse por el dador a persona indicada por el tomador, b) comprarse por el dador según especificaciones del tomador o según catálogos, folletos o descripciones identificadas por este, c) comprarse por el dador, quien sustituye al tomador, al efecto, en un contrato de compraventa que este haya celebrado.

Responsabilidades.



Consejo Federal del Notariado Argentino

El artículo 6 establece que el tomador puede reclamar directamente del vendedor (proveedor) sin necesidad de cesión, todos los derechos emergentes del contrato de compraventa. Es decir establece la ACCION DIRECTA contra el proveedor sin necesidad de subrogación legal.

Asimismo el dador puede liberarse de la responsabilidad de la entrega de la cosa, la que no se aplica en materia de inmuebles, y puede liberarse convencionalmente de la garantía de evicción y vicios redhibitorios.

Leasing Operativo

La modalidad del leasing operativo está consagrada en el inc. D, ya que el dador es propietario, sea por ser normalmente fabricante, antes de la celebración del contrato. El dador no cumple con una función de intermediación sino que la finalidad implícita no es la financiación sino la comercialización del bien al tomador en forma directa. El dador da en leasing un inmueble de su propiedad, con anterioridad a la celebración del contrato de leasing al tomador y este se beneficia con costos financieros menores, y a su vez el dador comercializa más rápido su inmueble. El art. 5 inc d, establece: "Modalidades en la elección del bien. El bien objeto del contrato puede"ser de propiedad del dador con anterioridad a su vinculación contractual con el tomador"

Responsabilidades:

En este caso el dador responderá por vicios redhibitorios y garantía de evicción, ya que es dueño antes de la celebración del contrato, acorde al art. 6, segunda parte.

Leasing de garantía (o sale and lease back)

El sale and lease back o leasing de retro, o leasing de garantía, consiste en la venta realizada por el futuro tomador del inmueble de su propiedad que compone su activo al dador, quien a su vez los entrega al primero en leasing, obteniendo así el tomador dinero en efectivo para desarrollar su actividad y la posibilidad de volver a adquirir el inmueble, sea su fábrica, industria, o cualquier de su propiedad. Se trata de dos contratos conexos, el primero de compraventa, en donde el futuro tomador vende al futuro dador un inmueble de su propiedad para obtener activos líquidos. Y el segundo contrato es el contrato de leasing en garantía, ya que el dador garantiza los fondos dados al tomador con el inmueble de propiedad del tomador. El dador tiene así una garantía autoliquidable, puesto que ante la falta de pago puede ejercer el pacto comisorio y enajenar el bien para cobrar la deuda. Esta modalidad constituye principalmente una función de garantía. En la ley 25.248 está consagrado en el art. 5 inc e), que establece: "Modalidades en la elección del bien. El bien objeto del contrato puede....e) Adquiere por el dador al tomador por el mismo contrato o habérselo adquirido con anterioridad"

Responsabilidades

El artículo 6 cuarta parte, establece que el dador no responde por vicios redhibitorios y por garantía de evicción, salvo pacto expreso. Es una conclusión lógica, ya que el tomador nunca dejó al bien, es decir le realizan la tradición por constituto posesorio.

FORMA DEL CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO

El artículo 8 establece la escritura pública como forma para los casos en que se celebren leasing con objeto inmobiliario.

Esto es que se requiere la escritura pública para las dos etapas del leasing, es decir al momento de la celebración del acto de administración mediante el cual el dador transfiere el USO Y GOCE del inmueble y también se requiere la escritura pública para el acto de disposición, mediante el cual el tomador hace uso de la opción de compra del inmueble. En esta segunda etapa se requiere la escritura pública conforme al art. 1184 CC, ya que se celebra una transferencia de dominio a título de venta.-

De acuerdo con la naturaleza jurídica propuesta en este trabajo, en la primer escritura pública, solamente se plasman derechos personales, cuya eficacia probatoria la establece la ley de acuerdo al artículo 8 pero no hacerlo en instrumento público no afecta a su requisito de validez, ya que servirá de contrato válido entre las partes como promesa de leasing o promesa de escriturar conforme al art. 1185 y 1187 CC.

Mientras que en la etapa **dispositiva** es necesaria la escritura pública, con todos los requisitos del segundo negocio jurídico de base, esto es la compraventa y como consecuencia la transmisión del dominio. En este caso la escritura tiene la función de solemnidad absoluta, ya que es nula la compraventa no efectuada en escritura pública conforme al art. 1184 CC

Asentimiento conyugal

Conforme al art 1277 del CC se requiere el asentimiento conyugal para disponer o gravar de los bienes gananciales inmuebles, o de los inmuebles propios en caso que en el mismo se asiente el hogar conyugal, o existan hijos menores o incapaces que habiten en el.

En consecuencia este requisito solamente será exigido en la etapa dispositiva del contrato, en caso que el tomador opte por el ejercicio de la opción de compra. En la etapa de administración, no es necesario el asentimiento conyugal, ya que cada uno de los cónyuges tiene la administración de



Consejo Federal del Notariado Argentino

los bienes de los cuales es titular, por lo que no es necesario el asentimiento conyugal para celebrar un contrato de leasing.

EFFECTOS DEL CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO

Los efectos de los contratos son las consecuencias jurídicas que se proyectan en la dinámica de la vida contractual entre las partes (dador-tomador) y a veces con relación a terceros (oponibilidad).

Los efectos del contrato de leasing inmobiliario podemos clasificarlos como efectos normales, que son los que se producen entre las partes: 1) el uso y goce; 2) la opción de compra.-

Efectos con relación a terceros: oponibilidad e inscripción del contrato de leasing inmobiliario (o de la opción de compra?)

Y por último los efectos anormales, que son aquellos efectos por los cuales se pone fin al contrato de manera anómala: incumplimiento y ejecución en caso de leasing inmobiliario (se establece en el artículo 20 el procedimiento para la ejecución de los leasing inmobiliario).

El principio general es que los efectos de los contratos solo se producen entre acreedor y deudor y no pueden ser opuestos a terceros (art. 503, 1195 y 1199 CC)

Efectos normales:

a) Uso y goce

El artículo 12 de la ley de leasing dice que el "tomador puede usar y gozar del bien objeto del leasing conforme a su destino, pero no puede venderlo, gravarlo ni disponer de él. Los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación y uso, incluyendo seguros, impuestos y tasas que recaigan sobre los bienes y las sanciones ocasionadas por su uso, son a cargo del tomador, salvo convención en contrario.

El tomador puede arrendar el bien objeto de leasing, salvo pacto en contrario. En ningún caso el locatario o arrendatario puede pretender derechos sobre el bien que impidan o limiten en modo alguna los derechos del dador.

Es decir el tomador tiene la obligación de pagar el canon locativo, de no vender el inmueble dado en leasing (aunque esta obligación es superflua ya que el tomador no es dueño de la cosa). Asimismo tiene la obligación de darle al bien el destino prefijado en el contrato, en caso que se haya pactado expresamente. Si nada se pacta el destino será conforme al que naturalmente tiene el inmueble, o el que las partes pudieron entender. A su vez el tomador tiene la facultad de usar y gozar de la cosa. Por último se establece que el tomador debe pagar los gastos de conservación de la cosa, los gastos extraordinarios, el pago de impuestos y tasas, seguros si los hubiere y las sanciones que pudieran recaer sobre el mismo. Esta nota es característica y lo diferencia del uso y goce de la locación.

b) Opción de Compra

Es la facultad que tiene el tomador de comprar el bien dado en leasing en cualquier tiempo luego de haber pagado las tres cuartas partes de los cánones locativos estipulados o antes si así se pacta (art. 14, ley 25.248). El art. 14 establece el momento en que nace el derecho a la opción y el art. 16 establece el pago del precio del ejercicio de la opción conforme lo determina el contrato.

Se trata de una cláusula esencial del contrato de leasing inmobiliario, que tiene como contenido la conducta del dador de realizar la transferencia dominial a favor del tomador, en caso que este la ejercite. Esto significa que tiene la obligación de mantener en el uso y goce del inmueble al tomador y a otorgar la correspondiente escritura traslativa de dominio (título) junto con el modo, que para el caso que el tomador se mantenga en el uso y goce del inmueble el mismo se efectuara mediante traditio brevi manu. Esta opción de compra es oponible a terceros, conforme el art. 8 de la ley 25.248. El tomador deberá pagar el precio estipulado conforme al art. 16, como requisito, para que se produzca esta transferencia de dominio y estarse el régimen general del Código Civil en materia de constitución de derechos reales. Asimismo el art. 26 establece que ejercida la opción de compra y pagado su precio, se le aplicaran subsidiariamente las normas del contrato de compra venta.

Naturaleza jurídica de la opción de compra

Se discute cual es la naturaleza jurídica de la opción de compra, algunos sostienen que se trata de un contrato preliminar unilateral y otros que consiste en una oferta irrevocable del dador. Las críticas que recibe esta concepción es que no es una oferta, ya que el contrato se celebra y esta firme. Soligo Schuler caracteriza a la opción de compra como un derecho mixto, entre los derechos personales y los derechos reales, ya que el contenido de la opción es la conducta del dador, pero dicha opción al registrarse en el registro de la propiedad inmueble se convierte en una cláusula erga omnes, ya que la misma resulta absoluta y su consecuencia es la oponibilidad de todos sus efectos. Es decir cede el principio general de la relatividad de los derechos personales consagrados por los art. 503, 1195 y 1199, atento que hay una ley que establece que ese derecho personal sea oponible.

Si bien Soligo Schuler hace un pormenorizado análisis entre los derechos personales y los derechos reales, para concluir que dicha opción tiene el carácter de mixta, ya que es oponible erga omnes, es la única característica que comparte con los derechos reales. Motivo por el cual disentimos con esta naturaleza mixta, ya que es la propia ley en su artículo 26 que establece que en forma subsidiaria se aplicaran las normas del contrato de locación y ejercida la opción de



Consejo Federal del Notariado Argentino

compra por el tomador se aplicaran las normas del contrato de compraventa, razón por la cual cabe concluir lógicamente que si la ley hubiera previsto alguna naturaleza mixta hubiera hecho remisión al título del código de los derechos reales y no fue así. Concluimos pues que la opción de compra no es más que un derecho personal de carácter facultativo del tomador que por orden de la ley es oponible erga omnes, es decir es la propia ley la que establece la excepción. Es lo mismo que ocurre cuando la ley prevé efectos oponibles al resto de la comunidad como ser el caso del boleto que se pago el 25 % de su precio contra el concurso (art. 1185) o las leyes 14.005 o la ley de prehorizontalidad 19.724, en todos estos supuestos está claro que lo que predomina es un derecho personal.

EFFECTOS DEL CONTRATO CON RELACION A TERCEROS: Oponibilidad e inscripción

El art. 8 segundo párrafo establece: "...a los efectos de su oponibilidad frente a terceros el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto" Es decir los contratos de leasing inmobiliarios deben inscribirse en los respectivos registros de la propiedad inmueble de acuerdo a la jurisdicción donde se encuentre el bien.

Continúa: "La inscripción en el registro podrá efectuarse a partir de la fecha de celebración del contrato de leasing y con prescindencia de la fecha en que corresponda hacer la entrega de la cosa objeto de la prestación comprometida. Para que produzca efectos contra terceros desde la fecha de entrega del bien objeto del leasing, la inscripción debe solicitarse dentro de los cinco días hábiles posteriores." Es decir los contratos así inscriptos retrotraen sus efectos a la fecha de presentación.

Continúa diciendo el art. 8: "Pasado ese término, producirá efecto desde que el contrato se presente para su registración..." Esto significa que pasado los 5 días hábiles de la fecha del contrato el mismo se inscribe sin efectos retroactivos.

Por último la inscripción se mantiene por un plazo de 20 años para los inmuebles con posibilidad de reinscribirla, antes de su vencimiento.

El artículo 11 establece la oponibilidad en la quiebra de los contratos de leasing inmobiliarios debidamente inscriptos: " Son oponibles a los acreedores de las partes los efectos del contrato debidamente inscripto. Los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de este para ejercer la opción de compra. En caso de concurso o quiebra del dador, el contrato continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto. En caso de quiebra del tomador, dentro de los sesenta días de decretada, el síndico puede optar entre continuar en las condiciones pactadas o resolverlo...."

Que se inscribe?: la doctrina se pregunta qué es lo que se inscribe en el registro de la propiedad si el contrato de leasing o la opción de compra. La mayoría concluye que lo que se inscribe es la opción de compra (y así lo dispusieron mediante resoluciones técnico registrales similares, los registros de la propiedad inmueble tanto de la Ciudad de Buenos Aires como el de La Plata), atento que la misma se registra en el sector gravámenes. Esta inscripción por el solo hecho de registrarse no convierte a la opción de compra en un derecho real, sino que solamente la torna oponible al resto de la comunidad.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Se establece la responsabilidad objetiva del tomador o del guardián en los términos del artículo 1113 CC

BIBLIOGRAFIA:

- 1) Stock Leandro, Reynoso, Julio C., Salvo, Mario A; "Tratamiento Fiscal del leasing", Ed. Nova Tesis, Bs. As. 2006
- 2) Molina Sandoval, Carlos A., Amunategui Rodriguez, Cristina de; "Leasing", Ed. Reus, Bs. As., 2007
- 3) Orelle, Jose Maria R., Armella, Cristina N., Causse, Jorge R.; "Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción Ley 24.441", Ed. Ad. Hoc
- 4) Vitolo Daniel R., "Aproximación conceptual al contrato de leasing, " Derecho concursal, Univ. Austral, Rubinzal Culzoni, 2002
- 5) Compagnucci de Caso, R, Wierzba Sandra, Rua, M.I, Mariño Galasso, Augusto, "Obligaciones Civiles y Comerciales. Temas fundamentales. Ed.Lexis Nexis. Bs.As., 2008



Consejo Federal del Notariado Argentino

- 6) Soligo Schuler, Nicolas A., "La registraci3n del leasing inmobiliario", Fund. Editora Notarial, Bs.As. 2008
- 7) Castro Madero, Fermin O. "Distintos aspectos del leasing inmobiliarios en la Argentina. La Ley T 95-d, p 1564
- 8) Mariani de Vidal, Marina. "Curso de derecho reales".Bs.As., Zavalia, 1989