

EL LEASE BACK, UNA MODERNA TECNICA FINANCIERA

José Leyva Saavedra

Abogado. Profesor de Derecho Comercial
y Derecho Comparado UNMSM

«Il contratto consiste in una metafora verbale, al giorno d'oggi per lo più sancita in una scrittura, che esprime, comanda o coordina i comportamenti da tenere fra le parti che lo concludono».

Vittorio Frosini

SUMARIO: 1. Nota introductoria. 2. Apuntes históricos del lease back. 3. Definición de lease back. 4. Caracteres del lease back: 4.1. Estructurales; 4.2. Funcionales. 5. Naturaleza jurídica del lease back. 6. ¿El lease back es un tipo o un subtipo de leasing? 7. La tesis de la Corte di Cassazione italiana. 8. Nota conclusiva.

1. NOTA INTRODUCTORIA

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el mundo de la Economía y el Derecho se vio inundado por un gran número de nuevas instituciones contractuales, gestadas, muchas de ellas, bajo el calor de la pujante actividad económica de los Estados Unidos de Norteamérica. Este hecho ha llevado a suponer una cierta *americanización del derecho mercantil*, expresión con la que se quiere eludir al fenómeno de traslación del centro de propulsión de esta disciplina jurídica desde la vieja Europa hacia los mercados localizados en al cabecera del continente americano al extremo de convertir la práctica comercial estadounidense en un auténtico motor de creación de instituciones jurídico-mercantiles¹.

De este racimo de figuras negociales², llamadas *combinaciones del porvenir* por el viejo Código de comercio español de 1985, cuyo empleo a gran

¹ Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, *Algunos problemas actuales del derecho mercantil*, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, p. 218 y ss.

² Entre los contratos más conocidos individualmente, podemos citar al *franchising*, al *factoring*, al *underwriting*, al *joint venture*, al *merchandising*, al *swap*, al *catering*, al *trading*, etc. Colectivamente valen citar los contratos de opciones y los contratos a futuro. Cfr. BUONOCORE - LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, p. 20 y ss; COSTA RAN - FONT, *Nuevos instrumentos financieros*, Madrid, 1992, p. 70 y ss; FABOZZI - MODIGLIANI - FERRI, *Mercados e*

escala se inicia a lo largo de los años sesenta, el *leasing* es probablemente el que mayor difusión y popularidad ha conseguido a lo largo y ancho del mundo. La clave de su éxito radica, principalmente, en la idoneidad y flexibilidad para la satisfacción de las concretas necesidades empresariales, y sobre todo a su estrecha vinculación al principio de libertad de pacto o de empresa, que fundamenta la obligatoriedad de los contratos atípicos al tiempo que actúa la capacidad de adaptación de la obligación, concebida en abstracto o dogmáticamente, a las necesidades reales de cada país³.

No obstante esta reconocida popularidad del *leasing*, su configuración jurídica todavía está en proceso de elaboración. La doctrina y jurisprudencia comparadas siguen trabajando en ella⁴. Esta situación se refleja en los diversos subtipos con que opera hoy el *leasing*, particularmente con el *lease back*, que es aceptado por unos y cuestionado por otros. Las líneas que a continuación vienen tienen un doble objetivo: en principio, demostrar que este contrato es un genuino subtipo de *leasing*; y, luego, que es un negocio lícito, útil y eficaz para las empresas que desean obtener liquidez sin recurrir a los tradicionales medios de financiamiento que ofrece el mercado.

instituciones financieras, México, 1996, p. 525 y ss; FARINA, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, 1994, p. 310 y ss; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 1997, vol. II, t. I, p. 265 y ss; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, en *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, 1995, p. 100 y ss; MARTORELL, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, 1993, p. 351 y ss.

³ Cfr. ILLESCAS, *Prólogo al leasing*, de LEYVA SAAVEDRA, Lima, 1998, p. XIII.

⁴ Las tesis que se han planteado son de las más encontradas y atienden, habitualmente, a la estructura del contrato y a los diferentes actos que integran su contenido, antes que a la función que tiene dentro del campo de la financiación de la empresa. Podemos mencionar, en primer lugar, aquellas que intentan asimilar el *leasing* a alguno de los contratos ya regulados por el derecho positivo; en segundo lugar, se hallan los que explican la naturaleza de este negocio en los llamados negocios mixtos o complejos; en tercer lugar, se ubican los que al no encontrar la forma o el modo de encajarlo en los negocios típicos, recurren a la categoría de los negocios atípicos; y, por último, está aquella doctrina, mayoritaria por cierto, que concibe al *leasing* como un contrato nuevo, especial, con causa única y autonomía propia, integrando la gran familia de los contratos de empresa. Un amplio estudio de estas tesis en: BUONOCORE, *Il contratto di leasing*, en *Contratti d'impresa*, diretto da, BUONOCORE - LUMINOSO, Milano, 1993, t. 2, p. 1470 y ss; AMORÓS, *El leasing inmobiliario y su inscripción registral*, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1985, núm. 569, p. 886 y ss; CABANILLAS, *La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las cláusulas generales*, en *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1982, t. XXXV, fasc. I, p. 58 y ss; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 1998, vol. I, pp. 63-118; MANZANO, *Sobre la naturaleza del leasing o arrendamiento financiero*, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1992, núm. 601, p. 1798 y ss.

Las operaciones de *lease back* se han concentrado, mayormente, en el sector inmobiliario, tal como lo demuestran las transacciones efectuadas sobre hoteles⁵, establecimientos industriales en funcionamiento, en la administración pública y en el sector bancario; aunque en estos últimos tiempos se vienen aplicando con particular éxito al campo mobiliario, especialmente a la actividad aeronáutica⁶. En nuestro país, igualmente, las operaciones del *lease back* se canalizan hacia el sector industrial, sobre todo en lo que se refiere a maquinarias, equipos y establecimientos comerciales.

2. APUNTES HISTORICOS DEL LEASE BACK

Apartándonos de aquel sector doctrinario que propugna la supresión del tradicional epígrafe de «antecedentes históricos» de los estudios de las instituciones jurídicas, y convencidos que las realidades actuales no pueden concebirse ni comprenderse aisladas de sus precedentes en el devenir histórico; lo nuevo lo es en relación con lo anterior, del que trae causa; ni lo más revolucionario se produce *ex abrupto*, sino en el curso, más o menos agitado, de la vida, en la sucesión en el tiempo de las cosas. El epígrafe «antecedentes históricos», pues, no puede ser el pórtico de mera erudición, sino un enfoque exacto, que sitúe la figura en el tiempo y explique cabalmente su sentido⁷. Vienen bien, en consecuencia, unas pinceladas de historia del contrato de *lease back*, ya que ellas nos ayudarán a comprender mejor su presencia, estructura y función en el campo del financiamiento de la empresa.

⁵ Según CAMPOS, la utilización de esta operación es bastante común en los Estados Unidos para la compra de hoteles, que hace la empresa financiera a la misma empresa que la opera, la cual de esta forma sigue administrando el hotel, sin ser su propietaria (*Finanzas para la inversión*, Buenos Aires, 1983, p. 467).

⁶ Del total de contratos de *leasing* de aeronaves que se celebran en Italia y España, una parte importante de ellos adoptan la forma del *lease back*. Cfr. BUONOCORE, *Leasing*, en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1984, Appendice IV, p. 809; MORILLAS, *Algunos aspectos del leasing de aeronaves en España*, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1993, núm. 208, p. 556.

⁷ Cfr. OLIVENCIA, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual*, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1992, núm. 201, p. 378. En esta misma línea, LÓPEZ DE ZAVALIA, escribe que es muy importante dar a conocer el pasado para entender el presente y superar el futuro (*Importancia de los antecedentes históricos en el estudio del derecho*, en *Anales de la academia de derecho y ciencias sociales de Córdoba*, 1996, p. 151).

A diferencia de lo que acontece con el *leasing* en general⁸, la doctrina esta de acuerdo que la primera operación de *lease back* fue realizada por la cadena californiana de supermarkets *Safeway Stores Incorporation*, empresa que en 1936 vendió y luego adquirió sus inmuebles a través de esta novel técnica de asistencia financiera. Esta fórmula, inspirada en los procedimientos de financiación conocidos desde 1880 con el nombre de *Equipement trust agreements* o Philadelphia plan, alcanzó pronto un rápido desarrollo en otros Estados, como el de Ohio, por ejemplo⁹, fruto fundamentalmente de la escasez de fuentes de financiamiento y de una legislación fiscal que le era propicia. Este rápido desarrollo alcanzado en el mercado americano, sin embargo, no se repitió en el de los países europeos, pues en ellos su evolución fue incipiente¹⁰.

3. DEFINICION DE LEASE BACK

Según Angeloni, «il *lease back* è il contratto con cui un soggetto, solitamente un imprenditore commerciale, vende un proprio bene immobile ad

⁸ Como lo hemos puesto de manifiesto en anteriores trabajos, el origen del *leasing* divide a la doctrina; sin embargo, para la mayoría el punto de partida del *leasing* con sus actuales características es 1952, año en el que Dyas P. Boothe Jr. fundó en San Francisco de California la *United States Leasing Corporation* con un capital inicial de 20 mil dólares. Cfr. Leyva Saavedra, *El contrato de leasing*, Lima, 1995, p. 13; Id., *Leasing*, cit., p. 14; *Contratos de empresa*, cit., p. 267. Dentro de esta mayoría cabe citar a AMORÓS, *El leasing inmobiliario*, cit., p. 865 y ss; ARIAS SCHREIBER, *Contratos modernos*, Lima, 1999, p. 92 y ss; VIDAL BLANCO, *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Madrid, 1977, p. 36 y ss.

⁹ Cfr. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Paris, 1980, p. 77. Para algunos autores, el *leasing* empezó a aplicarse a los inmuebles en 1945, cuando la *Allied Stores Corporation* vendió todos sus inmuebles a una fundación universitaria y ésta, después, se los arrendó por un plazo de 30 años, con la opción de renovar el contrato por un número igual de años, pero por un canon menor al inicialmente pactado. Cfr. AMORÓS, *El leasing inmobiliario*, cit., p. 876; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra: la contratación por leasing en España*, Madrid, 1974, p. 32; FANAN, *Lease back*, en *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da GALGANO, Torino, 1995, t. I, p. 780.

¹⁰ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 206; COILLOT, *El leasing*, Madrid, 1977, p. 206; OLIVERA, *El leasing. Análisis de su régimen jurídico*, Montevideo, 1985, p. 47. Comentando la experiencia italiana, FANAN señala que ese «sviluppo ritardato è in parte da imputarsi all'atteggiamento di diffidenza ancora diffuso tra gli operatori economici italiani: atteggiamento dettato dall'errato convincimento che il *lease back* costituisca, nella maggiore parte dei casi, un estremo rimedio di salvataggio per imprese disestrate con gravi problemi di liquidità. Pertanto, ricorrere ad una operazione di questo genere spesso viene valutata come pericoloso sintomo di deterioramento della solvibilità dell'impresa e può provocare limitazioni della sua capacità di credito presso il sistema bancario» (*Lease back*, cit., p. 780).

¹¹ *Lease back*, en *Dizionario enciclopedico di diritto*, Padova, 1996, vol. I, p. 883.

un'impresa di *leasing*, la quale ne diventa proprietaria e si obbliga a pagarle il corrispettivo, a concedere il bene in locazione finanziaria al venditore verso pagamento di canoni, a consentire al venditore stesso la facoltà di esercitare il riscatto del bene venduto al termine del contratto e al prezzo da questo stabilito»¹¹.

En opinión de Lacruz Berdejo, «el *lease back* es aquella especie del *leasing* consistente en el contrato por cuya virtud el propietario de un bien, generalmente inmueble, lo vende a otra persona o entidad (sociedad de *leasing*), la cual, a su vez, y en mismo acto, se lo cede a aquél en arrendamiento, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar al cabo de cierto tiempo (final del arrendamiento, u otro)»¹².

Para Monje, el *lease back* «es el contrato por el cual el propietario de un bien inmueble lo vende a otra persona, la cual se lo cede en arrendamiento el vendedor, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado período de tiempo»¹³.

El Tribunal de Milán, a su turno, en su sentencia del 13 de mayo de 1985, ha definido al *lease back* como un «contratto con il quale una impresa commerciale od industriale vende un bene immobile di sua proprietà ad un imprenditore finanziario che esercita il *leasing*, il quale en paga il corrispettivo, diventandone proprietario e, contestualmente, lo concede in locazione finanziaria alla stessa venditrice che versa periodicamente dei canoni di *leasing* per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto, corrispondendo al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto».

En nuestra opinión, el *lease back* es un contrato en virtud del cual una empresa vende un bien de su propiedad, de naturaleza mueble o inmueble, a una empresa de *leasing*, la que, simultáneamente, le concede en *leasing* el uso del mismo bien, contra el pago de un canon periódico, durante un plazo determinado, y al final del cual le otorga la opción de comprar el bien, previo pago del valor residual preestablecido, de prorrogar el contrato o devolver el bien¹⁴.

¹² *Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1995, t. II, vol. 2, p. 412.

¹³ *Algunas consideraciones en torno al lease back en su conexión con el derecho de superficie urbano*, en Revista crítica de derecho inmobiliario, Madrid, 1996, núm. 635, p. 1396.

¹⁴ Otras definiciones en ABATTI, *Contrato de leasing*, en *Enciclopedia jurídica omnia*, Buenos Aires, 1982, t. IV, Apéndice, p. 154; ARRUBLA, *Contrato de leasing*, en Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas UPB, Medellín, 1989-90, núm. 87/8, p. 219; BORDA, *Tratado de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 604; BUSSANI, *Locazione finanziaria*,

La definición propuesta pone de manifiesto los elementos subjetivos y objetivos que caracterizan al contrato de *lease back*. En principio, individualiza las dos partes que estipulan el contrato: de un lado, una empresa de *leasing*, que tiene por objeto la intermediación financiera, esto es, captar capitales del sector privado para destinarlos a operaciones de *leasing*, y, del otro, una empresa usuaria, dedicada a la actividad industrial, comercial o profesional¹⁵; en segundo lugar, individualiza el objeto del negocio: bienes muebles o inmuebles dedicados al proceso productivo de la empresa.

Igualmente, destaca uno de los rasgos típicos de este contrato: la opción de compra que tiene la usuaria al final del plazo pactado, la cual puede ser ejercida en cualquier momento hasta el vencimiento del plazo contractual (art. 7, segundo párrafo, del Decreto legislativo 299), previo pago del valor residual, por lo general inferior al valor real del bien en el mercado.

4. CARACTERES DEL LEASE BACK

El estudio de los caracteres del contrato del *lease back* lo haremos atendiendo a sus dos principales vertientes: el estructural y el funcional. El

en Rivista di diritto civile, Padova, 1986, núm. 6, p. 608; De Nietolis, *Divieto del patto commissorio alienazioni in garanzia e sale lease back*, en Rivista di diritto civile, Padova, 1991, núm. 6, p. 555; DE NOVA, *Nuovi contratti*, en *I diritto attuale*, Torino, 1990, núm. 10, p. 233; DI GREGORIO, *Leasing e prassi contrattuali*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, 1991, núm. 5, p. 427; FARINA, *Contratos comerciales*, cit., p. 516; KEMELMAJER, *Aproximación al contrato de leasing inmobiliario*, en *Homenaje a Raymundo Fernández*, Buenos Aires, 1995, p. 468; SUESCÚN, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Santa Fe de Bogotá, 1996, t. 2, p. 405; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, Buenos Aires, 1996, t. II, p. 110.

¹⁵ Cabe señalar que para un sector minoritario de la doctrina el *leasing* es un contrato trilateral, es decir, un contrato celebrado con la intervención de tres partes: la concedente, la usuaria y la proveedora o vendedora de los bienes. Nosotros no compartimos esa tesis. Así, entre otros, BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing, profili privatistici e tributari*, Milano, 1975, p. 72; BUSQUETS, *El leasing español, su situación actual y su futuro*, en Boletín ICAM, Madrid, 1991, núm. 6, p. 27; MIRABELLI, *Il leasing e il diritto italiano*, en Banca, borsa e titoli di credito, Milano, 1974, p. 245. Pensamos, por el contrario, que el *leasing* es un contrato bilateral, esto es, un contrato concluido por dos partes: la empresa de *leasing* y la empresa usuaria. Si bien en la operación económica participan normalmente tres sujetos, dada la natural presencia de un tercero proveedor del bien, ello no significa que se altere la estructura bilateral del *leasing*, pues el proveedor tiene la calidad de tercero en la relación contractual. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 60; ID., *Contratos de empresa*, cit., p. 293; GIOVANNI, *Le crédit-bail*, cit., p. 28; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 86.

primero, se devela de la naturaleza de su composición, del contenido de las prestaciones asumidas por cada una de las partes y de la forma como se obtiene el cumplimiento de las mismas; el segundo, a su vez, se deriva del rol que le corresponde desempeñar dentro del campo del financiamiento a las actividades de la empresa.

4.1. CARACTERES ESTRUCTURALES

Como ingreso al estudio de los caracteres estructurales del *lease back* debemos señalar pronto que este contrato es:

a. Típico

El *lease back*, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de legislaciones internas¹⁶, en el nuestro es un contrato típico, pues es un negocio que está regulado por el Dec. leg. 299, artículo 27, que reza: «En todos los casos en que la locadora adquiera de una empresa un bien, para luego entregárselo a ella misma en arrendamiento financiero, dicha transferencia está exonerada del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo en su caso»¹⁷.

¹⁶ Por regla general, la atipicidad del *leasing*, que se da en muchos países, ocasiona la atipicidad del *lease back*; sin embargo, esta regla no se cumple en el caso inverso, es decir, que la tipicidad de uno conlleva la del otro. Esto lo podemos observar en algunas leyes nacionales - como la Ley panameña sobre Arrendamiento Financiero, del 10 de julio de 1990, y la Ley argentina de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, Título II, del 19 de enero de 1995 -, y en la Convención del Unidroit sobre Leasing Internacional, que regulan el *leasing* pero no el *lease back*. Creemos que, a pesar de esta omisión, nada impide que se celebren contratos de *lease back*, pues éstos son simples subtipos del *leasing*. Cabe recordar que la citada Convención, al igual que la de *factoring* internacional, fue aprobada el 28 de mayo de 1988 en una Conferencia Diplomática convocada en Ottawa por el gobierno de Canadá. En la actualidad, estas Convenciones están en vigencia: la de *leasing* en ocho países (Belorusia, Federación Rusa, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Nigeria, Panamá) y la de *factoring* en seis (Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia y Nigeria). Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 394; MESTRE, *La convención de unidroit sobre factoring internacional*, en *Jornadas Unidroit sobre contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, 1998, p. 6; STANFORD, *The unidroit convention on international financial leasing*, en *Jornadas Unidroit*, cit., p. 21. Los textos de estas Convenciones y el estado actual de las firmas, ratificaciones y adhesiones, puede verse en internet: www.unidroit.rome

¹⁷ Cabe recordar que el *leasing* en nuestro país está regulado por el Dec. leg. 299, publicado el 29 de julio de 1984 y reglamentado por el D.S. 559-84-EFC de diciembre del mismo año. Igualmente, la ley uruguaya 16.072, sobre el «Contrato de Crédito de Uso», del 9 de octubre de 1989, en su art. 2, regula el *lease back*, pues dispone que «el contrato podrá recaer: ... b) sobre un bien que, a la fecha del contrato, sea de propiedad del usuario, pactándose simultáneamente su venta a la institución acreditante».

Nuestro Código civil, siguiendo la terminología tradicional acogida en los Códigos civiles de Francia (art. 1107) y de Argentina (art. 1143), habla de contratos nominados e innominados antes que de contratos típicos y atípicos, como prístinamente lo hace el Código civil italiano de 1942 (art. 1322) y, a su turno, la más autorizada doctrina¹⁸.

Como lo venimos sosteniendo en anteriores trabajos, la terminología adoptada por el Código civil de 1984 no es correcta; por lo tanto, debe ser sustituida, toda vez que más apropiado es llamar «contrato nominado» al que tiene un *nomen iuris* conocido para ser identificado, «contrato típico» al que tiene individualidad propia y normativa especial, y «contrato atípico» al que no obstante tener identificación propia no tiene disciplina particular. En suma, tanto los contratos típicos como los atípicos son, por regla general, también contratos nominados¹⁹.

b. Consensual

El derecho moderno, distanciándose del derecho romano, germano e inglés, que se caracterizaban por un riguroso formalismo²⁰, se desarrolla sobre la base del principio consensualista o espiritualista, según el cual «los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes». Ahora, pues, no es la celebración de un acto formal lo que genera la obligación, sino la expresión de un consentimiento con ciertas formalidades, las que además sólo se exigen de manera excepcional, esto es, como requisito o presupuesto de validez del contrato²¹. Es más, hoy en día la forma se considera, por regla general, como una protección suplementaria del consentimiento. La forma, escribe GHESTIN, «requisite attire l'attention sur l'importance de l'engagement pris et, par la réflexion

¹⁸ Cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 6 y ss; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Miláno, 1994, vol. I, p. 6 y ss; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Miláno, 1981, p. 10 y ss; JORDANO, *Los contratos atípicos*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1953, t. XVIII, p. 50 y ss; ARIAS SCHREIBER, *Exégesis del código civil peruano*, Lima, 1987, t. I, p. 48 y ss; DE LA PUENTE, *El contrato en general*, en *Biblioteca para leer el código civil*, Lima, 1991, vol. XI, t. I, p. 196 y ss.

¹⁹ Cfr. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 378; De la Puente, *El contrato*, cit., p. 200; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 148.

²⁰ En este sentido, ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del diritto*, Miláno, 1961, vol. IX, p. 765 y ss; PLANITZ, *Principios de derecho germano*, Barcelona, 1957, p. 206 y ss; LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago de Chile, 1986, p. 58.

²¹ Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, vol. I, p. 34; TORRES, *Acto jurídico*, Lima, 1998, p. 247.

qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire des prestations»²².

El contrato de *lease back* no escapa a esta práctica: su consensualidad viene reconocida por la mayor parte de la doctrina y por algunas legislaciones, como la panameña (Ley 7-1990, art. 3); no obstante, debemos reconocer que habitualmente estas operaciones vienen muy documentadas, quizá en atención a su complejidad y magnitud; pero aquí la forma se utiliza con la finalidad de conciliar la simplicidad y la rapidez, necesarias siempre en el tráfico empresarial, con la seguridad jurídica, necesaria siempre en todo ordenamiento legal²³.

c. Principal

El *lease back* es un contrato principal porque cumple *per se* fines contractuales propios y subsistentes, sin relación necesaria con otro u otros contratos²⁴. Tienen esta calidad también los contemplados en la Sección Segunda del Libro VII del Código civil de 1984 y los regulados en leyes especiales, como el contrato de fideicomiso, de *factoring* (Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, Ley 26702), de titulización (Ley del Mercado de Valores, Dec. leg. 861). En otras palabras, el contrato de *lease back* no depende ni lógica ni jurídicamente de otro, pues, él se presenta y se ejecuta independientemente de cualquier otro.

d. Oneroso

Los contratos de *lease back* son onerosos porque en ellos «cada parte no está dispuesta a dar sino es a condición de recibir». En efecto, la onerosidad

²² *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, 1988, t. 2, p. 291.

²³ La libertad de forma es un elemento importante y coadyuvante de la fluidez del comercio internacional. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980, por ejemplo, reconoce la celebración de contratos oralmente. Cfr. COMOGLIO, *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1990, núm. 2, p. 786 y ss; Para el estudio de la compraventa internacional en general, recomendables son los trabajos de ADAME, *El contrato de compraventa internacional*, México, 1994; BIANCA, *Convenzione di vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Milano, 1992; GARRO - ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996; SIERRALTA, *La compraventa internacional y el derecho peruano*, Lima, 1997.

²⁴ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *El contrato de leasing*, cit., p. 134 y ss; ID., *Leasing*, cit., p. 150; MESSINEO, *Doctrina general*, cit., p. 435.

en este contrato, desde el punto de vista positivo, está dada por la contraprestación que sigue a la prestación, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que, pues, se requiera una relación de equilibrio o de equivalencia objetiva entre ambos extremos. Sacrificio y ventaja están ordinariamente en relación de equivalencia o de equilibrio contractual, siendo, por ende, suficiente que la equivalencia sea subjetiva²⁵.

e. Conmutativo

El *lease back* es un contrato conmutativo o *certi* porque la estimación del respectivo sacrificio o ventaja, esto es, del riesgo, puede hacerse en el momento mismo de la celebración del contrato. Según esto, tanto la empresa de *leasing* como la usuaria conocen con antelación cual es el valor económico que tiene para ellos el contrato. Los contratos conmutativos, pues, aseguran a cada parte contractual un beneficio determinado, el cual es susceptible de una inmediata apreciación, con independencia de las fluctuaciones económicas o los riesgos referidos al objeto del contrato²⁶.

f. De duración

La mayoría de los contratos de empresa, y dentro de ellos el *lease back*, son *di durata*, es decir, contratos en los cuales las prestaciones se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. El *dilatar* o prolongar la ejecución de las prestaciones en el tiempo, es condición para que estos contratos produzcan el efecto querido por las partes y se satisfagan, al mismo tiempo, las necesidades que los indujo a contratar. Además, el beneficio que las partes desean alcanzar u obtener con estos negocios, está en función a la duración de la relación obligacional. La duración, en efecto, no resulta tolerada

²⁵ Cfr. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, vol. X, p. 918; ID., *Doctrina general*, cit., p. 416. Cuando se habla de «equivalencia», explica Betti, no se quiere aludir a una equivalencia matemática, sino a una paridad de posición y proporcionalidad de ventajas y cargas correlativas, es decir, apreciación de conveniencia de la proporción entre la carga que se acepta y la ventaja que, asumiendo la carga, se puede conseguir (*Teoria general de las obligaciones*, Madrid, 1970, t. II, p. 81).

²⁶ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 159. GHESTIN estima que un contrato «est conmutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle». En otras palabras, «le contrat commutatif est celui dans lequel chacune des parties connaît dès la conclusion du contrat, l'importance des prestations réciproques, tenues pour équivalentes», concluye el citado maestro francés (*Traité*, cit., p. 14). Los contratos conmutativos, acota TRIMARCHI, no implican la asunción de riesgos (*Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, p. 296).

por las partes contratantes, sino querida por ellas²⁷.

g. De prestaciones recíprocas

Los contratos con prestaciones recíprocas, que según unos serían una suerte de reencarnación de la figura de los contratos bilaterales, se caracterizan por el hecho que cada una de las partes está obligada a una prestación, es decir, hay una prestación y, respectivamente, una contraprestación. Entre, éstos se establece un nexo especial, llamado de reciprocidad, que consiste en su interdependencia o causalidad recíproca, por la que cada parte no está obligada a la ejecución de su propia prestación, sin que sea debida o ejecutada la prestación de la otra. La una es el presupuesto indeclinable de la otra²⁸.

El *lease back*, no cabe duda, es un contrato con prestaciones recíprocas, donde la empresa de *leasing* es acreedora de los cánones e, inversamente, deudora de los bienes; por su parte, la usuaria es acreedora de los bienes y deudora de los cánones. Por ende, le son aplicables las disposiciones contenidas en el Título VI, Sección Primera, del Libro VII del Código civil.

h. A cláusulas generales

Muchos de los autores estiman que los contratos de empresa, por ser tales, son necesariamente por adhesión, es decir, contratos en los cuales una de las partes establece un contenido para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realice. En éstos el destinatario no tiene derecho alguno de modificar los términos de la oferta; sólo le resta aceptarla o rechazarla en su totalidad. En la adhesión, entonces, más que una negociación hay una imposición de una de las partes a la otra del contenido del contrato²⁹.

²⁷ Cfr. OPPO, *I contratti di durata*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1943, núm. 1-2, p. 135; TRIMARCHI, *Trattato di diritto*, cit., p. 297.

²⁸ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 164. En estos contratos la prestación es correspondiente a la contraprestación. La relación entre éstas se llama *synallagma*, apunta TRIMARCHI, *Trattato di diritto*, cit., p. 295. El Código civil francés, en su art. 1102, considera que «le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractans s'obligent réciproquement les uns envers les autres». Como vemos, el citado Código habla de contratos sinalagmáticos y de obligaciones recíprocas, antes que de contratos con prestaciones recíprocas, como lo recomienda la mejor legislación y doctrina comparadas.

²⁹ Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, en *Trattato di diritto civile commerciale*, diretto da Cicu - MESSINEO, Milano, 1968, vol. XXI, t. I, p. 5 y ss; REZZONICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, 1987, p. 269 y ss; ALFARO, *Las condiciones generales de la*

Nosotros no compartimos tal criterio; antes bien, creemos que los contratos de *lease back* se caracterizan por ser celebrados a través de cláusulas generales³⁰, las que abarcan solamente determinados aspectos del contrato, dejando a las partes en libertad de negociar los elementos propios o, mejor, típicos de cada contrato³¹. Esto lo observamos, por ejemplo, cuando las partes contratantes negocian el monto de los cánones, el plazo del contrato y los intereses a pagar por el financiamiento de la operación. Si el *lease back* fuera un contrato celebrado por adhesión, las cláusulas que conforman el contenido contractual no admitirían negociación alguna, es decir, se impondrían sin más a la otra parte contratante; sin embargo, esto no sucede en el caso del citado contrato.

No debemos olvidar que el contrato de adhesión hace referencia a una realidad indivisible, donde la negociación es imposible; en tanto que con el concepto de cláusulas generales se hace referencia a una realidad divisible, donde la negociación es posible³². Así, pensamos, lo ha entendido el legislador peruano; de allí la presencia en el Código civil de los artículos 1390, que define al contrato por adhesión, y el 1392, que lo hace con las cláusulas generales.

contratación, Madrid, p. 38 y ss; LEYVA SAAVEDRA, *El contrato de leasing*, cit., p. 259; ID., *Contratos de empresa*, cit., p. 87 y ss.

³⁰ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 173. Según el artículo 1392 del Código civil, «las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos». La enunciada definición es bastante completa, toda vez que pone de manifiesto las características esenciales de estas cláusulas, a saber: predisposición, generalidad, abstracción e inmutabilidad. Cfr. DE LA PUENTE, *El contrato*, cit., 1993, t. III, p. 78 y ss.

³¹ Habitualmente, se dice que los contratos por adhesión y los celebrados a cláusulas generales de contratación constituyen dos visiones de un fenómeno único, siendo llamada de la primera manera por la doctrina francesa y de la otra por la doctrina alemana, seguida por la italiana y parte de la española; sin embargo, esto no es verdad, como bien lo explica el profesor DE LA PUENTE, *Cláusulas generales de contratación*, en *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1990, p. 377 y ss; ID., *El contrato*, cit., p. 113.

³² Este paralelismo, estima VATTIER, se puede mantener porque las condiciones generales y los contratos de adhesión se implican mutuamente; mientras las primeras predeterminan unilateralmente el contenido de los futuros contratos de adhesión, éstos concretan las condiciones generales en las singulares relaciones entabladas entre la empresa y los adherentes (*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1995, núm. 630, p. 1527).

i. De empresa

Apartándonos del calificativo de contrato mercantil que habitualmente utiliza la doctrina³³, jurisprudencia y legislación (Dec. leg. 299, art. 1), pensamos que el *lease back* es un contrato de empresa³⁴, es decir, un contrato estipulado ordinariamente por empresas: la empresa de *leasing* y la empresa usuaria.

En doctrina con frecuencia se distingue entre contratos «exclusivamente» y contratos «naturalmente» de empresa, según que ésta sea o no elemento esencial en la específica relación contractual³⁵. Así, contratos exclusivos de la empresa son aquellos en los que la empresa es el presupuesto técnico del acto negocial, *verbi gratia*, los contratos bancarios, de financiamiento, de seguros, de depósito en almacenes generales, etc.; naturales a la empresa son aquellos que tienen sentido sólo si son estipulados por una empresa dedicada a estas actividades, por ejemplo, los contratos de suministro, de transporte, de distribución, etc. En general, creemos que la disciplina del contrato de empresa reclama *tout court* la presencia de una empresa en la relación contractual sin distinguir entre las dos hipótesis apuntadas.

4.2. CARACTERES FUNCIONALES

a. De financiación

Un significativo número de contratos de empresa han sido concebidos, gestados y desarrollados para responder a las nuevas exigencias crediticias de la actividad empresarial. Las empresas, si querían ser competitivas y, en efecto, permanecer en el mercado, tenían que afrontar de inmediato nuevos retos de inversión, lo que hacía necesario, entonces, buscar formas de financiamiento alternativas a los tradicionales «capital de riesgo» y «capital de crédito»³⁶.

³³ En este sentido, DE LA CUESTA, *Jurisprudencia sobre el leasing*, en Revista de derecho bancario y bursátil, Madrid, 1987, núm. 27, p. 660; LAVALLE - PINTO, *Leasing mobiliario*, Buenos Aires, 1982, p. 83; MORILLAS, *Algunos aspectos del leasing*, cit., p. 493; OLIVERA, *Leasing*, cit., p. 63; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 161; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 91.

³⁴ Son de este parecer también, GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1997, p. 527; Boneco - Barreira, *Contratos bancarios modernos*, Buenos Aires, 1984, p. 94; FANAN, *Lease back*, cit., p. 779; ARIAS SCHREIBER, *Contratos modernos*, cit., p. 105.

³⁵ Cfr. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, en Rivista di diritto civile, Padova, 1995, núm. 5, p. 630.

³⁶ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 174.

Como bien sabemos, en sentido genérico, financiación es la consecución de dinero para la empresa. Ese dinero, esos fondos que necesita la empresa para el desarrollo de su actividad pueden ser proporcionados por sus propios socios o accionistas, o por personas ajenas a ella, como entidades bancarias, financieras o inversionistas institucionales. Según esto, la empresa puede recurrir para cubrir sus necesidades de fondos a sus propios recursos (autofinanciación), a recursos de sus titulares o socios (aportaciones o acciones) y a recursos de otras personas o empresas (préstamos, créditos, etc.).

La praxis empresarial de estas últimas décadas enseña que el financiamiento de las empresas, en la mayoría de casos, es realizado por otras empresas, especialmente por las pertenecientes al sistema parabancario. Cabe, en esta sede, recordar que la actividad parabancaria surge para responder a las nuevas exigencias de la clientela y a los requerimientos de servicios y de instrumentos financieros diversos de aquellos tradicionales. De allí que se hable, con propiedad, de una verdadera revolución de contenidos de la actividad bancaria y de la aparición de una nueva concepción profesional, en los cuales más importante que el «producto» es el «servicio» que se brinda a los clientes o consumidores³⁷.

Las empresas bancarias desarrollan actividad parabancaria de dos formas: una directa y otra indirecta, es decir, a través de la participación en otras empresas extrañas al sector crediticio o financiando la actividad de éstas. Ejemplos tenemos por doquier; basta observar un momento la propaganda publicitaria de los grupos crédito, continental, santander, que ofrecen nuevos servicios e instrumentos, como *leasing*, *factoring*, fondos mutuos de inversión, etc. Junto al sector bancario han aparecido un conjunto de empresas que desarrollan, de alguna manera, intermediación financiera, aun cuando no son bancos ni instituciones de crédito, *verbi gratia*, Latino Leasing, Santander Leasing, Factoring Total, etc.

La actividad parabancaria ha tenido una notable afirmación en los países de la Comunidad Europea, donde existe actividades muy especializadas que son desconocidas todavía en nuestro mercado financiero o de crédito, como, por ejemplo, los *check traders* de Gran Bretaña: negociadores de cheques que realizan una función muy cercana a las empresas de *factoring*. A pesar de ello, se carece de una normativa comunitaria parabancaria. Algunas interven-

³⁷ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, cit., p. 123.

ciones comunitarias sirven como sustento regulatorio de esta actividad, a saber: derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios; coordinación de las legislaciones bancarias; reacondicionamiento de las legislaciones relativas al crédito de consumo; armonización de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas de los bancos y de los otros institutos financieros; instauración de vigilancia sobre base consolidada para los entes crediticios y financieros³⁸.

Bien puede decirse, finalmente, que el *lease back* es un auténtico contrato de financiamiento³⁹, pues a través de él una empresa de *leasing* financia, con medios diferentes a los tradicionales, la actividad de otra empresa dedicada sea a la producción de bienes o a la prestación de servicios; o mejor todavía, es una eficaz técnica de financiamiento que mira a potenciar la empresa, incrementándole los factores productivos de naturaleza financiera⁴⁰.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL LEASE BACK

Como hemos apuntado, el estudio de la naturaleza jurídica del *leasing* es una de las facetas más polémicas⁴¹; esto también lo observamos con el *lease back* en particular. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparadas no han faltado posiciones que cuestionan la naturaleza jurídica, la conveniencia y validez de este peculiar contrato de *leasing*. En cuanto al primer tema, algunos autores han asimilado el *lease back* a la compraventa con pacto

³⁸ Cfr. CLAROTTI, *La disciplina delle attività parabancarie nei paesi della comunità europea, en L'attività parabancaria. Esperienze e prospettive*, a cura di RESTUCCIA, Milano, 1987, p. 37 y ss.

³⁹ Cfr. AMORÓS, *El leasing inmobiliario*, cit., p. 867; ANGELONI, *Lease back*, cit., p. 883; FANAN, *Lease back*, cit., p. 779; GASTALDI, *¿Qué es el leasing?*, Buenos Aires, 1995, p. 42; GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 527; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 174; MONTONA, *Derecho comercial*, Lima, 1998, t. I, p. 337; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 92; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1987, p. 640.

⁴⁰ En opinión de FANAN, «probabilmente esso costituisce l'unico e originale strumento giuridico elaborato dalla prassi, attraverso il quale l'imprenditore riesce ad ottenere rapidamente un finanziamento ed effettuare un investimento finanziario di beni dell'impresa, continuando ad utilizzarli integralmente in funzione produttiva» (*Lease back*, cit., p. 779 y ss).

⁴¹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 64. Más allá del valor doctrinario o académico que pueda tener el tema, creemos que la determinación de la naturaleza jurídica del *leasing* reviste gran interés e importancia, pues ella nos permitirá saber, in concreto, que normas jurídicas habrán de aplicarse en caso de alguna controversia legal. Para ello, como presupuesto necesario, debemos entender su naturaleza en forma distinta al de los otros contratos típicos tradicionales, ya que si bien con ellos presentan ciertas similitudes, a su turno las diferencias que tipifican a cada negocio son las que priman.

de rescate o retracto y, en menor proporción, al mutuo y al reporto. Sin pretender ingresar a estudiar estas tesis, nacidas en países que carecen de legislación sobre este negocio, creemos que el *lease back* es un contrato que goza de todas las características del *leasing*, es decir, es un contrato complejo, unitario con causa única. Por ende, no es reconducible a ningún contrato contenido en otras leyes o códigos provenientes del *civil law*⁴².

Respecto al segundo, un sector ha sostenido que el *lease back* constituye una deformación del *leasing*, ya que desnaturaliza el fin financiero que reviste el contrato de *leasing* como contribución al equipamiento empresario, pues la empresa usuaria no incrementa su capacidad productiva, sino que recibe fondos que reintegra como arriendo y pierde de su activo la propiedad de esos bienes⁴³; otros, en cambio, estiman que el *lease back* es una operación inconveniente para la empresa de *leasing*, toda vez que no se evidencia síntomas de pujanza y crecimiento de parte de la empresa usuaria, sino, antes bien, una situación de dificultad financiera.

Desde el plano estructural, se puede discutir si el *lease back* sea producto de un *collegamento* negocial entre dos contratos, compraventa y *leasing*, o una operación unitaria con causa compleja. La mejor doctrina se orienta en esta última dirección, encontrando en la compraventa una fase puramente prodrómica del *lease back*. Desde el plano funcional, la doctrina económica y jurídica, y la jurisprudencia comparada, no dudan que el contrato de *lease back*

⁴² Por este tesis se inclina la mayor parte de la doctrina. Cfr. DE NACTOLIS, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 557; DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 234; FANAN, *Lease back*, cit., p. 806; GITTI, *Divieto del patto commissorio. frode alla legge, sale and lease back*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1993, núm. 2, p. 487; PURCARO, *I problemi di struttura del leasing*, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1997, núm. 3, p. 545; RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto commerciale e fallimentare*, Padova, 1997, vol. II, p. 1309; SÁNCHEZ, *El contrato de lease back*, en *Gaceta jurídica*, Lima, 1997, tomo 45, p. 121-A.

⁴³ En este sentido, LINARES BRETON, *El contrato de locación financiera (leasing)*, en *Revista Felaban*, Bogotá, 1978, núm. 31, p. 36; BARREIRA, *Leasing, aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos*, Buenos Aires, 1978, p. 56; HIGHTON, *El leasing en el common law y traslación de la noción al derecho argentino*, en *Revista de derecho privado y comunitario*, Santa Fe, 1994, núm. 3, p. 270; KEMELMAJER, *Una aproximación al contrato*, cit., p. 471; CARDENAS, *Algunas consideraciones acerca del denominado contrato de arrendamiento financiero*, en *Revista peruana de derecho de la empresa*, Lima, 1986, núm. 21, p. 48; BRAVO, *Contratos modernos empresariales*, Lima, 1998, p. 133.

tenga una típica causa de financiamiento, aun más acentuada y evidente que el propio *leasing*⁴⁴.

Desde el punto de vista económico, el contrato de *lease back* es para la empresa usuaria una operación de movilización de capitales inmovilizados, es decir, una operación de liquidez que le permite a la usuaria mantener el uso y la facultad de readquirir el bien al final del plazo contractual inicial. La operación ofrece, pues, numerosas ventajas, como la liquidación de inversiones inoportunas, el financiamiento de conjuntos empresariales de alto costo o el financiamiento del plan de reestructuración de la empresa cuando, previa declaración de insolvencia, la Junta de acreedores así lo haya decidido⁴⁵.

En nuestra opinión, las objeciones planteadas por aquel sector minoritario de la doctrina no son, en rigor, válidas. En primer lugar, porque el *lease back* no implica una desnaturalización del *leasing*; por el contrario, el es un típico contrato de *leasing*, y ello debido a que en el *lease back* se mantiene la estructura contractual básica, siendo, por ende, irrelevante que se trate de un bien usado y que el mismo haya sido, originalmente, de propiedad de la usuaria. En segundo lugar, porque él no traduce necesariamente una situación de inestabilidad financiera, pues la práctica comercial nos enseña que, con frecuencia, las empresas obtienen financiamiento en el mercado crediticio, constituyendo ya sea prenda sin desplazamiento o hipoteca sobre sus bienes de activo fijo. El *lease back*, no olvidemos, es una modalidad más, o adicional, a la cual pueden recurrir las empresas cuando están necesitadas de recursos financieros para realizar nuevas inversiones⁴⁶.

6. ¿EL LEASE BACK ES UN SUBTIPO DE LEASING?

La mejor doctrina, de forma correcta, se refiere a modalidades o subtipos antes que a tipos de *leasing*. Hablar de tipos de una determinada institución contractual es cometer un error, pues lo que realmente existe es un tipo, *rectius* modelo, de un determinado contrato, aunque con algunas variantes, que tienen su explicación en atención a su contenido o evolución, por ejemplo. En efecto,

⁴⁴ Cfr. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 555; PURCARO, *I problemi di struttura del leasing*, cit., p. 543; BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio e lease back*, en Nuova giurisprudenza civile commentata, Padova, 1995, núm. 5, p. 909; MONJE, *Algunas consideraciones en torno al lease back*, cit., p. 1401; RAGUSA MAGGIORE, *Studi di diritto*, cit., p. 1299.

⁴⁵ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 207.

⁴⁶ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 212.

⁴⁷ La adquisición del bien tiene en el *lease back* la misma función que en el *leasing*, es decir,

el *leasing*, siguiendo dentro de la categoría tipológica, antes de conformar dos o más tipos, como estiman algunos autores, constituye un solo tipo, el *leasing* simple y llanamente, con varios subtipos: *leasing* internacional, mobiliario, inmobiliario, *lease back*, etc.

Ahora bien, comparado con el tipo genérico de *leasing*, no cabe duda que en el *lease back* falta la natural trilateralidad de sujetos intervinientes en la relación contractual, pero no falta algo que es importante en ella: el presupuesto esencial que el bien es adquirido por la empresa de *leasing*, precisamente, para ser entregado en *leasing*⁴⁷. En consecuencia, el *lease back* es un real contrato de *leasing*, ya que comparte con él no sólo la disciplina y la función, sino también, aunque en parte, la estructura, toda vez que el bien es adquirido por la empresa de *leasing* no ya de un tercero, sino directamente de la usuaria⁴⁸. Si intentáramos algunas diferencias entre ellos, creemos que éstas no pueden ser más de dos: la coincidencia en el *lease back* de las calidades de vendedora y luego usuaria en la misma empresa, y la eliminación de la fase previa de elección del bien y su adquisición de un tercero⁴⁹. Tales diferencias, sin embargo, no pueden considerarse suficientes o relevantes para sustraer al contrato de *lease back* del entramado jurídico construido para disciplinar el *leasing*⁵⁰.

7. LA TESIS DE LA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

En relación a su validez, o mejor, su licitud o ilicitud del *lease back*, la doctrina y con ella la jurisprudencia italiana se ha dividido. Una parte defiende

permitir a la empresa de *leasing* dar el bien en *leasing* y gozar de una garantía en sentido económico. La propiedad del bien viene transferida como instrumento de actuación de una operación jurídico-económica de *leasing*: la transferencia se configura como una compraventa con fines de *leasing*. Cfr. FANAN, *Lease back*, cit., p. 786.

⁴⁸ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 209; GITTI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 485 y ss. Para algunos autores, como FANAN, el *lease back*, antes que un subtipo de *leasing*, es un «particolare tipo di *leasing*, come tale soggetto alla disciplina del *leasing*» (*Lease back*, cit., p. 786).

⁴⁹ Según BONTEMPI, la «única differenza rispetto al *leasing* finanziario tradizionale è che, essendo il *lease back* caratterizzato da un rapporto bilaterale e non trilaterale, l'importo del finanziamento viene erogato direttamente all'utilizzatore e non ad un terzo fornitore del bene» (*Divieto di patto commissorio*, cit., p. 909). De este parecer son también, DE NOVA, *Appunti sul lease back e il divieto del patto commissorio*, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1985, núm. 2, p. 307 y ss; BUSSANI, *Locazione finanziaria*, cit., p. 608; KEMELMAJER, *Aproximación al contrato*, cit., p. 469; SÁNCHEZ, *El contrato de lease back*, cit., p. 120-A.

⁵⁰ Cfr. FANAN, *Lease back*, cit., p. 785.

la licitud de esta operación en atención a la general validez de las transferencias con fines de garantía que no están bajo condición, sea suspensiva o resolutoria, como el *lease back*⁵¹; la otra, en cambio, sostiene la ilicitud de la operación partiendo de la premisa que, en general, las transferencias con fines de garantía son nulas por violación del pacto comisorio previsto en el art. 2744 del Código civil. El instrumento utilizado por esta doctrina para decretar la invalidez es, pues, el fraude a la ley⁵².

Siguiendo este parecer, en la jurisprudencia italiana se han emitido algunas decisiones que niegan validez al *lease back*, por aplicación del artículo 2744 del Código civil que prohíbe el pacto comisorio. En este sentido se ha pronunciado el tribunal de Milano, en su sentencia de 19 de junio de 1986, que dice: «Nel contratto di *sale and lease back*, la natura finanziaria del contratto di *leasing* la funzione oggettivamente di garanzia della vendita, sono indice insuperabili della frode alla legge che vieta il patto commissorio, senza che sia necessario provare lo scopo di garanzia nel caso singolo (...) Il *sale and lease back* configura un mezzo per eludere il divieto del patto commissorio; di conseguenza è nullo sia il contratto di vendita, sia il successivo e collegato contratto di locazione finanziaria».

⁵¹ Defienden esta tesis, entre otros, BUONOCORE, *Il contratto di leasing*, en *Contratti di impresa*, diretto da BUONOCORE - LUMINOSO, Milano, 1993, vol. II, p. 1455 y ss; Id., *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, en *Contratto e impresa*, Padova, 1994, núm. 3, p. 558 y ss; BIANCA, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1987, núm. 1, p. 121 y ss; BUSSANI, *Il contratto di lease back*, en *Contratto e impresa*, Padova, 1986, núm. 2, p. 558 y ss; CLARIZIA, *Lease back e operazioni inesistenti*, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1989, núm. 2, p. 521 y ss; DE NOVA, *Appunti sul sale and lease back*, cit., p. 307 y ss; Id., *Nuovi contratti*, cit., p. 234 y ss; *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, p. 68 y ss; DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 560 y ss; FALABELLA, *Divieto di patto commissorio e lease back*, en *Giustizia civile*, Milano, 1993, parte I, p. 89 y ss; FANAN, *Lease back*, cit., p. 806; LUMINOSO, *I contratti*, cit., p. 422 y ss; MUNARI, *Validità e nullità del sale and lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1986, núm. 1, p. 172 y ss; PURCARO, *Sulla liceità del sale and lease back*, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1986, núm. 3, p. 587 y ss; RAGUSA MAGGIORE, *Studi di diritto*, cit., p. 1308 y ss.

⁵² Según FERRARINI, «l'operazione del *sale and lease back*, nel suo complesso, presenta una stretta fungibilità con un mutuo assistito da garanzia reale (...) Nella normalità di casi la vendita a scopo di *lease back* è nulla siccome in frode al divieto del patto commissorio». (*La locazione finanziaria*, Milano, 1977, p. 121 y ss). Partiendo de esta tesis también, MONTICELLI, *Il leasing*, en *Contratti atipici*, Torino, 1991, vol. I, p. 139 y ss; MARTORELL, *Tratado de los contratos*, cit., t. I, p. 375; KEMELMAJER, *Aproximación al contrato*, cit., p. 471.

Esta interpretación del tribunal de Milano también se advierte en otros Tribunales de la región. Por ejemplo, el Tribunal de Verona, en su sentencia de 15 de diciembre de 1988 señala que «il contratto di *sale and lease back* è nullo perchè è contrario al divieto del patto commissorio ed è caratterizzato da una non equa distribuzione i pesi e vantaggi contrattuali a scapito del venditore utilizzatore, che lo rende non meritevole di tutele secondo l'ordinamento giuridico». A su turno, el tribunal de Vicenza, en su sentencia de 12 de julio de 1988, considera «nulo il *lease back* qualora la funzione di scambio assuma un ruolo succedaneo e strumentale rispetto alla funzione di garanzia, finendo por consolidarsi solo a seguito dell'inadempimento del debitore, senza che sia in alcuno modo assicurata la proporzionalità delle prestazioni»⁵³.

Una interpretación diversa ha sido dada por este Tribunal en la sentencia de 3 de marzo de 1988, al considerar que: «il *lease back* consiste in un'unione funzionali di più obbligazioni tutte imprescindibili per la realizzazioni dello scopo giuridico del contratto; queste sono legate tra loro da una causa autonoma e composita che non può concidere completamente con quella della vendita con patto di riscato, senza operare uno snaturamento dell'essenza socio-giuridica del negozio (...) In quanto il trasferimento della proprietà del bene è solo una componente del più vasto insieme negoziale atipico caratterizzato dalla natura finanziaria dell'operazione, che non richiede il trasferimento del bene, ma la continuazione della sua utilizzazione da parte dell'imprenditore»⁵⁴.

El mérito de esta sentencia reside en el examen que se hace de las características funcionales y estructurales del *lease back*, que «consiste en una unión funcional de obligaciones sinalagmáticas todas imprescindibles para la realización del fin común del contrato». El *lease back* es un contrato nacido para satisfacer necesidades específicas de un sector de la vida económica: de allí que resulte inútil tratar de encontrar en él una mera conexión o unión de negocios en parte típicos (compraventa) y en parte atípicos (*leasing*)⁵⁵. En

⁵³ Cfr. BUSSANI, *Locazione finanziaria*, cit., p. 609 y ss.; DI GREGORIO, *Leasing*, cit., p. 429 y ss. Mantienen esta tesis los tribunales de Roma, sentencia del 7 de mayo de 1990, y de Genova, sentencia del 30 de enero de 1992. Este último, por ejemplo, estima que el contrato de *sale and lease back* es un negocio que se celebra con fraude a la ley, pues viola la prohibición del pacto comisario y, como tal, nulo a tenor de los artículos 1344 y 2744 del c.c. Cfr. BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio*, cit., p. 913; RONCO, *Osservazioni a trib. Genova, 30/1/1992, in tema di sale and lease back*, en *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1993, t. XX, p. 430.

⁵⁴ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 211 y ss.

⁵⁵ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 212.

realidad nos dice que el *lease back* es una operación unitaria y compleja, muy distinta de la compraventa con pacto de rescate o retracto que regula el art. 1500 del Código civil italiano⁵⁶.

Consideramos poco convincentes los fundamentos de aquella jurisprudencia que niega validez al *lease back* por violación del pacto comisorio, en principio, porque creemos que este contrato, a diferencia de cuanto sucede con el pacto comisorio, no hay un crédito preexistente que garantizar entre la empresa vendedora-usuaria y la compradora-concedente. Es más, la compraventa que precede al *lease back* no es un contrato accesorio, con fines de garantía; es un presupuesto necesario para que el bien pueda ser concedido en *leasing*. Se puede decir, pues, que la citada compraventa no viene celebrada con fines de garantía, sino con fines de *leasing*, como ya hemos apuntado⁵⁷. Esto se puede corroborar con el hecho que la compradora-concedente en el *lease back* es libre de disponer del bien, lo que no sucedería si la compraventa fuese hecha con fines de garantía.

Igualmente, en el *lease back* la compraventa 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 compraventa en garantía con pacto de retroventa⁵⁸.

⁵⁶ Con anterioridad a la citada sentencia, se han pronunciado por la licitud del contrato de *lease back* los tribunales de Roma, sentencia del 22 de marzo de 1979; de Milano, sentencias del 3 de mayo de 1983 y del 13 de junio de 1985; de Bologna, sentencia de 23 de junio de 1986. Con posterioridad, los tribunales de Pavia, sentencia del 1 de abril de 1988; de Palermo, sentencia del 20 de enero de 1990; y de Napoli, sentencia del 11 de diciembre de 1991. Cfr. BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio*, cit., p. 913.

⁵⁷ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 213. Pretender una interpretación prohibitiva, apunta Villegas, importaría una irrazonable restricción a la operatoria para las entidades financieras que tienen en esta modalidad de *leasing* una vía de financiamiento de gran utilidad y aplicación, y respecto de las empresas implicaría una restricción a las posibilidades de financiamiento que muchas veces están limitadas al inmueble sobre el que asientan su establecimiento comercial o industrial (*Operaciones bancarias*, cit., p. 111).

⁵⁸ Cfr. DE NOVA, *Appunti sul sale and lease back*, cit., p. 307 y ss; Id., *Nuovi contratti*, cit., p. 235 y ss; BONFANTI, *Contratos bancarios*, cit., p. 291; BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio*, cit., p. 910; GITTI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 485 y ss; MUNARI, *Validità e nullità del sale and lease back*, cit., p. 177. En opinión de BIANCA, no basta para excluir la aplicación de la norma del pacto comisorio, afirmar que «nel sale and lease back non c'è un credito preesistente da garantire tra il venditore-utilizzatore e il compratore-concedente» (*Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 124).

A lo dicho podemos agregar que la adquisición de la propiedad del bien, por parte de la empresa de *leasing*, en un contrato de *lease back*, representa *tout court* un momento de su usual actividad empresarial; de igual modo, la concesión en *leasing* de un bien, aunque sea adquirido a la misma usuaria, se inserta sin más en el normal ejercicio negocial de una empresa de *leasing*, esto es, financiar el uso y, a su turno, la adquisición de bienes en *leasing*. Por ello, creemos que con el *lease back* no se trata de perseguir finalidades ilícitas a través de operaciones anómalas o indirectas, sino que estamos ante un típico contrato de empresa, pensado para satisfacer una necesidad de liquidez temporal, merecedor de tutela jurídica⁵⁹.

8. NOTA CONCLUSIVA

Como *cenit* de este breve recorrido, debemos señalar que una institución como ésta, de reconocida eficacia en los mercados norteamericano, japonés y algunos europeos, merece una mayor difusión entre los países latinoamericanos, especialmente en el Perú. Contamos con el dispositivo que nos permite operar en el mercado financiero con estos contratos, el artículo 27 del Dec. leg. 299, pero poco han hecho o hacen algunos operadores financieros para motivar, orientar y difundir las ventajas que ella brinda a las empresas que necesitan de financiamiento inmediato para seguir en el mercado, de manera eficiente y competitiva, con sus productos o servicios⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. BUSSANI, *Locazione finanziaria*, cit., p. 610; DE NACTOLIS, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 556; GITTI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 487; PURCARO, *Sulla liceità del sale and lease back*, cit., p. 588. Dentro de esta óptica, FELIU REY opina que la finalidad del *lease back* es reparar los fallos financieros de programas anteriores que no han resultado como se había planificado. El *lease back* es una figura que facilita la expansión de la economía, permitiendo a ciertas empresas efectuar nuevas inversiones, sin perder por ello la disposición de sus medios de producción existentes, concluye el citado autor (*Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de lease back o leasing de retorno*, en *Actualidad civil*, Madrid, 1994, núm. 23, p. 430).

⁶⁰ Del conjunto de ventajas que se le asignan al *lease hack*, la doctrina converge respecto de aquella que permite a la empresa poner en movimiento sus activos fijos inmovilizados, sin interrumpir la función que éstos cumplen en la explotación de su unidad de producción. Cfr. COILLOT, *El leasing*, cit., p. 186; ESCOBAR, *El contrato de leasing financiero*, Bogotá, 1984, p. 23; OLIVERA, *El leasing*, cit., p. 48; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes*, cit., p. 41; RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, Bogotá, 1979, p. 50; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 110.

Las razones por las cuales una empresa recurre a este esquema contractual son de carácter comercial e impositivo. La empresa financiera que compra y luego entrega en *leasing* el inmueble prefiere el *lease back* antes que el préstamo hipotecario, pues obtiene mayor ganancia con los cánones que cobra que con los intereses obtenidos del préstamo hipotecario. Además, la ganancia que percibe con el cobro de los cánones no se encuentra limitada por las leyes de usura que limitan la tasa de interés que puede percibir si hubiera concedido un préstamo hipotecario. También puede deducir los gastos de depreciación del inmueble de los impuestos que tiene que pagar sobre el monto de los cánones que percibe. La empresa vendedora-usuaria, por su parte, además de obtener una ganancia con la venta del inmueble y seguir en la explotación del mismo, con la posibilidad de adquirirlo nuevamente, puede deducir de la base imponible el monto total de los cánones que paga, mientras que si hubiera financiado su inversión con un préstamo hipotecario sólo hubiera podido deducir lo que paga en concepto de intereses de dicho préstamo⁶¹.

Las ventajas que brinda el contrato de *lease back*, cabe agregar, deben ser muy bien valoradas y tomadas en cuenta, igualmente, cuando una empresa, por encontrarse en dificultades financieras, haya sido declarada en insolvencia, bien por la Comisión de salida del mercado de Indecopi o por una de las Comisiones delegadas (artículos 4 y 5 LRP); pues, si la Junta de Acreedores, en ejercicio de sus atribuciones que le confiere la LRP (art. 35), decide la reestructuración económica financiera, encontrará en el *lease back* un valioso instrumento para obtener el capital fresco necesario y, en efecto, financiar el Plan de Reestructuración de la empresa⁶².

⁶¹ Cfr. BRUCE, *Real state finance in a nutshell*, 1979, p. 54; citado por GARRO, *El leasing inmobiliario: algunos aspectos jurídicos que se plantean en el derecho argentino*, en *Revista notarial*, La Plata, 1986, núm. 888, p. 956.

⁶² La insolvencia de las empresas está regulada en el Perú por el Dec. leg. 845, publicada el 21 de setiembre de 1996, denominada Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP). Esta ley dedica los artículos 47 y 48 al contenido y aprobación del Plan de reestructuración de una empresa viable. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 447 y ss.