

EL CONTRATO DE LEASE BACK

José Leyva Saavedra

Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

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 como subtipo de leasing. 7.- Licitud e ilicitud del lease back. 8.- El lease back en la Convención sobre leasing internacional. 9.- Nota conclusiva Bibliografía.

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 la 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»

¹ Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, «Algunos problemas actuales del derecho mercantil», en AA.VV., *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 218 ss.; LEYVA SAAVEDRA, «El lease back, una moderna técnica financiera», en *Gaceta jurídica*, 1999, t. 68-B, p. 25.

² Entre los más conocidos, individualmente, podemos citar los contratos de *catering*, *factoring*, *franchising*, *joint venture*, *know-how*, *leasing*, *outsourcing*, *trading*, *underwriting*, etc. Colectivamente valen citar los derivados financieros (*forwards*, opciones, de futuros, *swaps*), y los publi-financieros (*bartering*, *merchandising*, *product placement* y *sponsoring*). Sobre el particular, v. BERCOVITZ (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia, 2009, t. I-V; ID., *Contratos mercantiles*, Pamplona, 2009, t. I-III; BUONOCORE – LUMINOSO – FAUCGLIA, ET AL (coords.), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, t. I-II; CAGNASO – COTTINO, *Contratti commerciali*, en COTTINO (dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2009, vol. IX; CASSANO (coord.), *I singoli contratti*, Padova, 2010, t. I-III; CLARIZIA, *I contratti nuovi, en BESSONE (dir.), Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, vol. XV, p. 75; ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, en BUONOCORE (dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, Sez. II, t. 4; FRIGNANI – TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, en GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, vol. XII, p. 437 ss.; GABRIELLI – LENER (coords.), *I contratti del mercato finanziario*, en RESCIGNO – GABRIELLI (dirs.), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004, vol. 2, t. I-II; COSTA RAN – FONT VILLALTA, *Nuevos instrumentos financieros*, Madrid, 1992; DE LA CUESTA RUTE (dir.), *Contratos mercantiles*, Barcelona, 2009, t. I-III; FABOZZI – MODIGLIANI – FERRI, *Mercados e instituciones financieras*, México, 1996, p. 525 ss.; FARINA, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, 2005, t. 1-2; FUSI, *I contratti nuovi. Pubblicità commerciale*, en BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007, vol. XV; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, vol. II, p. 581 ss.; GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, t. 1, p. 140 ss.; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, en LEYVA SAAVEDRA, *Tratado de derecho privado*, Lima, 1998, vol. II; ID.,

por el Código de comercio español de 1985, cuyo empleo a gran escala se inicia a los largo de los años sesenta, el *leasing* es probablemente el contrato que mayor difusión y popularidad ha conseguido a lo largo y ancho del mundo, y el instrumento negocial que más ha contribuido al remozamiento de las instituciones del *civil law*; pero también es uno de los contratos que más ha sufrido, aun cuando ha resistido, el embate del sistema bancario, que lo ha querido reducir a un mero suministro de dinero³, olvidando que es una técnica financiera distinta y complementaria a las tradicionales formas de financiar la actividad de la empresa⁴. 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 a los principios de autonomía contractual y de libertad empresa⁵, que fundamentan la obligatoriedad

Contratos de financiamiento, en LEYVA SAAVEDRA (dir.), *Tratado de contratos*, Lima, 2012, vol. II; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, en IUDICA – ZATTI (coords.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995; MARTORELL, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, 1993, t. I-III; MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, 2003, t. 1-2; MONTOYA MANFREDI, *Derecho comercial*, Lima, 2006, t. III; RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Bogotá, 2009; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones del derecho mercantil*, Madrid, 2004, vol. II, p. 127 ss.

³ Cfr. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, en CICU – MESSINEO – MENGONI (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2008, vol. XXV, t. 2, p. 9.

⁴ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 192. El *leasing* se ha convertido, en la zona de la economía contemporánea, en una de las técnicas financieras más utilizadas por las pequeñas y medianas empresas tanto para asegurar un desarrollo constante de éstas como para hacer frente a las vicisitudes de la globalización. Además, permite a tales empresas adecuar su producción o sus servicios a la más avanzada tecnología. Cfr. VELICU, «Il contratto di *leasing* e il fallimento: un raffronto tra diritto italiano e romeno», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, n. 1, p. 204. Como bien se dice en el preámbulo del *Unidroit Model Law on Leasing*, Ley Modelo de *Leasing* (L.m.l.), «el *leasing* ofrece, particularmente a los países en desarrollo y países en transición, una importante fuente de financiamiento para el desarrollo tanto de infraestructuras como de las pequeñas y medianas empresas». Cfr. [<http://www.unidroit.org/english/documents/2008/study59a/s-59a-17-e.pdf>].

⁵ Respecto a estas instituciones, v. LEYVA SAAVEDRA, «Autonomía privada y contrato», en *Revista oficial del poder judicial*, 2010-2011, n. 4-7, p. 278 ss.; MENGONI, «Autonomía privada e costituzione», en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, n. 1, p. 1 ss.; PAZ-ARES – ALFARO, «Ensayo sobre la libertad de empresa», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. IV, p. 5971 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Principios de derecho mercantil*, Navarra, 2006, p. 52 ss.; VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, Valencia, 2008, p. 49 ss.

de los contratos atípicos al tiempo que actúan la capacidad de adaptación a las necesidades reales de cada una de las empresas de los diversos países⁶.

No obstante su reconocida popularidad, algunos tópicos todavía siguen despertando el interés de la doctrina, bien porque siguen en proceso de elaboración, como la configuración jurídica⁷, en la que labora la doctrina y se muestra atenta la jurisprudencia italiana⁸, o bien porque siguen mostrándose contro-

⁶ Cfr. ILLESCAS ORTIZ, «Prólogo», en LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, en LEYVA SAAVEDRA, *Tratado*, cit., 1998, vol. I, p. XIII. «L'elasticità dell'operazione costituisce uno straordinario punto di forza per l'imprenditore: dal piccolo macchinario industriale all'intera flotta automobilistica aziendale sino alla centrale atomica, il contratto di *leasing* è in grado di offrire risposta alle esigenze dell'impresa», escribe MUNARI, «*Leasing*», en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, Milano, 2002, vol. VI, p. 656.

⁷ El tema relativo a la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* constituye todavía el problema central. La confrontación entre la doctrina y la jurisprudencia se ha desarrollado en el arco de un treinteno abundante. El debate aparece hipertrófico y repetitivo, en larga parte basado en preconceptos e ideas traslaticias que, casi por osmosis, emigran de la doctrina a la jurisprudencia sin particulares reflexiones críticas. La lectura efectiva de los textos negociales demuestra que muchas de las afirmaciones efectuadas en la doctrina y en la jurisprudencia no tienen efectivo asidero si se confronta con la práctica contractual, recuerda MUNARI, «*Leasing*», cit., p. 667.

⁸ 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 *encorsetarlo* 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: LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 64 ss.; ID., «El *leasing* y su configuración jurídica», en *Vniversitas*, 2003, n. 106, p. 766 ss.; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 203 ss.; AMORÓS, «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1985, n. 569, p. 886 ss.; BUONOCORE, «Il contratto di *leasing*» en BUONOCORE - LUMINOSO - FAUCEGLIA (coords.), *Contratti d'impresa*, cit., t. II, p. 1470 ss.; ID., *La locazione finanziaria*, cit., p. 122 ss.; CABANILLAS, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las cláusulas generales», en *Anuario de derecho civil*, 1982, fasc. I, p. 58 ss.; ID., «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el convenio sobre *leasing* in-

vertidos, como las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de la empresa concedente y las cláusulas penales. Se trabaja en éstos y en otros temas, como las causales de resolución del contrato, particularmente por declaratoria de insolvencia de la empresa usuaria⁹, no solo con el propósito de facilitar el trabajo a los operadores del derecho, sino para demostrar que es un negocio lícito, útil y eficaz para las empresas que desean obtener bienes de capital sin recurrir a los tradicionales medios de financiamiento que, desde tiempos lejanos, ofrece el mercado a las grandes empresas y, en menor proporción, a las pequeñas y medianas empresas.

El *leasing* es, pues, una institución de singular valía para la economía moderna y una genuina alternativa financiera para cualquier empresa, debido a que implica, entre otras cosas, la superación de viejos conceptos de gestión empresarial, permitiendo a las empresas una mayor dinamicidad y rentabilidad en sus inversiones¹⁰. Esto ha llevado a que el *leasing* sea considerado como

ternacional», *ivi*, 1991, fasc. II, p. 981 ss.; COSTAS RODAL, «*Leasing*», en BERCOVITZ (dir.), *Tratado*, cit., t. I, p. 2586 ss.; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, «Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*», en DE LA CUESTA RUTE (dir.), *Contratos mercantiles*, cit., t. II, p. 1292 ss.; MANZANO, «Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1992, n. 611, p. 1798 ss.; MORILLAS, «Algunos aspectos del *leasing* de aeronaves en España», en *Revista de derecho mercantil*, 1993, n. 208, p. 486 ss.; PACHECO CAÑETE, «Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la ley concursal», en *Revista de derecho mercantil*, 2005, n. 255, p. 83 ss.; VARA DE PAZ, «Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2001, n. 84, p. 196 ss.

⁹ Son varias las cuestiones investigadas destacadas por la doctrina que mantienen actualidad, entre las que lugar especial tienen la distribución de riesgos y la consiguiente imputación de las responsabilidades (por falta o entrega tardía, vicios, pérdida o perecimiento, evicción, daños provocados por terceros, etc.), la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa usuaria y la suerte del contrato de *leasing* al interior de los procesos concursales. Al respecto, v. BUSSANI – INFANTINO, «*Leasing*», en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione commerciale, Aggiornamento, Torino, 2011, vol. VI, p. 588 ss.; DE MARCHI, «Lo scioglimento del contrato de *leasing* a causa del fallimento», in *Giurisprudenza commerciale*, ...008, n. 3, p. 416 ss.; QUAGLIOTTI, «La disciplina unitaria del contratto di *leasing* nel fallimento», in *Il fallimento*, 2006, n. 11, p. 1239 ss.

¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Madrid, 1997, p. 26 ss. Esta operación asegura a las empresas usuarias nuevos medios para incentivar pronto la innovación tecnológica y permite, además, la construcción o renovación de las instalaciones de la empresa. Se trata, pues, de una técnica integradora y multiplicadora de las

una de las más elocuentes manifestaciones del cambio que se ha venido operando en las costumbres del sector empresarial, particularmente con relación a la manera de decidir sus inversiones en bienes de capital; por lo que, con frecuencia, se le presente, ante y sobre todo, como una nueva modalidad contractual o técnica de financiamiento de la empresa¹¹. A pesar de ello, algunos autores consideran que el concepto del *leasing* no es nuevo; lo que sí es nuevo, dicen ellos, es el perfeccionamiento y sofisticación que han acompañado al mismo¹².

Esta situación del *leasing* se refleja, indudablemente, en uno de sus más reconocidos subtipos, como el *lease back*. Este contrato, aceptado por unos y cuestionado por otros, brinda a las empresas una canal de financiamiento alternativo y muy imaginativo, ya que les permite potenciar su capital circulante monetizando sus propios bienes muebles e inmuebles; es decir, los transforma en instrumentos de financiamiento pero con la ventaja de seguir utilizándolos dentro de su proceso productivo. Se trata, por ende, de una peculiar y eficaz forma de autofinanciamiento que mira a potenciar la empresa utilizando sus bienes de capital como instrumentos de financiamiento. De allí que el *lease back*, probablemente, sea el único y original instrumento jurídico elaborado

tradicionales fuentes de financiamiento para la dotación de capital a las empresas, concluye FOSSATI, *Il leasing. Moderna tecnica di finanziamento alle imprese*, Milano, 1987, p. 110. Por su lado, DIAZ ECHEGARAY apunta que el *leasing* viene a satisfacer importantes necesidades del mundo empresarial, poniendo a disposición de los operadores un instrumento financiero que les permite realizar las inversiones que el rápido desarrollo tecnológico exige, facilitando la compra o renovación de instalaciones que resultaría difícil con recursos propios o mediante otros instrumentos de crédito, facilitando, además, la adquisición de bienes de capital a la conclusión del contrato [«El contrato de *leasing*», en BERCOVITZ (dir.), *Contratos mercantiles*, cit., t. I, p. 1274].

¹¹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 7; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 204; VISALLI, «La problematica del *leasing* finanziario come tipo contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, 2000, n. 5, p. 648. Fácil resulta apreciar que el *leasing* interpreta una necesidad corriente y que permite contar, bajo un sistema de pagos periódicos, con bienes y equipos que se requieren para un mejor desenvolvimiento y más rápido progreso económico. Asimismo, configura una alternativa más de financiación para tomar decisiones de inversión, posibilitando mayor agilidad en la obtención de los bienes necesarios para el equipamiento y crecimiento de las empresas. Cfr. BARREIRA, «Categorización jurídica del *leasing*», en GERSCOVICH (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, 1999, p. 546.

¹² Cfr. ROSS, «Espejismos sobre el *leasing*», en *Revista Mundo*, 1973, n. 1707, p. 22.

a las empresas en el mercado, antes que solucionarle sus problemas de crisis financiera¹⁵. El *lease back* es la expresión sofisticada del financiamiento especializado y externalizado¹⁶.

Las operaciones de *lease back* se han concentrado, mayormente, en el sector inmobiliario, tal como lo demuestran las transacciones efectuadas sobre hoteles¹⁷, establecimientos industriales en funcionamiento, en la administración pública¹⁸, en el sector bancario y financiero; aunque en estos últimos tiempos

Dei singoli contratti, en GABRIELLI (dir.), *Commentario del codice civile*, Torino, 2011, vol. V, p. 558 ss.; SIMONE, «*Lease back*: cronaca di una morte annunciata», en *Foro italiano*, 1989, n. 1, c. 1252 ss.

¹⁵ En el mercado italiano, por ejemplo, el *lease back* es visto como una técnica de última instancia; esto es, como una alternativa financiera para salvar empresas en problemas económicos o, mejor, con graves problemas de liquidez. Este matiz hace que otras empresas, aun cuando necesiten de este medio de financiamiento, no lo utilicen para no verse estigmatizadas. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 27; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 254. En la actualidad, esta idea ha sido superada y se presenta al *lease back* como una fórmula financiera ingeniosa y efectiva para el desarrollo de la empresa el tercer milenio. No faltan, sin embargo, autores que todavía siguen pensando que es una buena alternativa solo para empresas con problemas de liquidez. Cfr. AMUNÁTEGUI, «El *leasing* en el ordenamiento jurídico español», en MOLINA SANDOVAL – AMUNÁTEGUI, *Leasing*, Buenos Aires, 2007, p. 267; LLORENTE SAN SEGUNDO, «El contrato de *sale and lease back*», cit., p. 1406.

¹⁶ Esta figura contractual responde al nuevo modelo de actuación empresarial, que recomienda descentralizar el proceso productivo y dedicar el mayor esfuerzo al objeto social propio de la empresa; esto es, al *core business*, toda vez que éste es lo que realmente caracteriza y mantiene a la empresa en el mercado. En esta línea, las empresas de *leasing* ofrecen un servicio profesional y especializado de financiamiento a las empresas que han decidido externalizar el segmento del financiamiento, cubierto tradicionalmente con sus propios medios. Externalizar todo aquello que no es importante en la empresa es importante para ser importante en el mercado. Esto explica, en parte, el éxito alcanzado en las últimas décadas por los contratos de *factoring*, *management* y *outsourcing*. Respecto a este último, v. PIERAZZI, «*L'outsourcing*», en *Contratto e impresa*, 2009, n. 6, p. 1349 ss.; PITTALIS, «*L'outsourcing*», *ivi*, 2000, n. 2, p. 1006 ss.

¹⁷ El *lease back* es un contrato bastante común en los Estados Unidos de Norteamérica para la compra de hoteles. La operación es realizada por la empresa financiera con la misma empresa propietaria, la que vende el bien para luego recibirlo en *lease back*, lo que le permite seguir operando y administrando el hotel, pero ahora sin ser propietaria del inmueble. Cfr. CAMPOS, *Finanzas para la inversión*, Buenos Aires, 1983, p. 467.

¹⁸ En el actual contexto de crisis, las diferentes administraciones públicas están recurriendo a la figura del *lease back*, toda vez que a través de este contrato transfieren edificios de su

se vienen aplicando con particular éxito al campo mobiliario, especialmente al segmento de la aviación civil¹⁹. En nuestro país las operaciones del *lease back* se canalizan, generalmente, hacia el sector industrial, sobre todo en lo que se refiere a maquinarias, embarcaciones pesqueras y equipos; y, en los últimos años, los profesionales independientes recurren a este contrato para agenciarse de modernas oficinas y de bienes de última generación, que mejoren la imagen de la empresa a la que pertenecen y la calidad de servicios que ofrecen a sus clientes.

propiedad a inversores inmobiliarios privados y siguen ocupándolos en régimen de *leasing*. Sin duda, esta resulta una fórmula contractual atractiva para las entidades públicas en los actuales tiempos de crisis y restricción presupuestaria, al proporcionarle una nueva fuente de ingresos con los que servir al interés público y permitirle continuar con el uso de los inmuebles, y pudiendo preverse, contractualmente, fórmulas que permitan a estas instituciones volver a adquirir en el futuro. También resulta atractiva esta figura para los inversores privados, que, pudiendo o no recurrir a financiación bancaria para efectuar la compra, se aseguran un determinado retorno de su inversión mediante la firma de contratos de arrendamiento a largo plazo, que pueden incluso prever posibles prórrogas. Así lo atestiguan las actuales iniciativas promovidas en diferentes Estados de la Unión Europea, entre las que cuentan aquellas puestas en marcha en España por las Administraciones autonómicas de Andalucía y de Cataluña. Cfr. PÉREZ RIVARÉS, «El *sale and lease back* de edificios públicos: Andalucía y de Cataluña. Cfr. PÉREZ RIVARÉS, «El *sale and lease back* de edificios públicos: algunas claves jurídicas», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, número especial, p. 17; ID., «El encaje del *sale and lease back* de edificios públicos en el derecho español y comunitario», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, n. 733, p. 2728).

- ¹⁹ Las líneas aéreas utilizan ordinariamente el *lease back* para renovar la flota y obtener aviones de última generación. Es práctica común que estas empresas paguen el precio total de los aviones para que las fabricantes (Airbus, Boeing, etc.) vengan obligadas a construir los aviones para que las fabricantes (Airbus, Boeing, etc.) vengan obligadas a construir y entregar unos años después los aviones. Con estos contratos de compraventa de bienes futuros, las empresas aéreas negocian y celebran un *lease back* con las empresas financieras, usualmente asiáticas, las que, en ejecución del contrato, pagan el precio del avión en construcción a las compradoras originales con la obligación de aquéllas de entregarlos en *leasing* a éstas cuando estén terminados, probados y listos para operar. Como puede verse, es una imaginativa figura en la que se benefician las empresas involucradas: la fabricante con el pago adelantado del precio de los aviones, la aerolínea con el financiamiento del pago de precio del bien y su derecho de utilizar el bien, y la financiera de desarrollar su propio objeto social en grandes operaciones de *leasing*. La aerolínea mexicana Volaris y la chilena Lan utilizan con éxito este medio de financiamiento, ya que les permite esperar entregas de nuevos aviones, por ejemplo, hasta el 2016. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 255.

2.- APUNTES HISTÓRICOS 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 sentido»²⁰. 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.

A diferencia de lo que acontece con el *leasing* en general²¹, la mejor doctrina está 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

²⁰ Cfr. OLIVENCIA, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compra-venta internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de derecho mercantil*, 1992, n. 201, p. 378. En esta misma línea, LÓPEZ DE ZAVALÍA, 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).

²¹ Como lo hemos puesto de manifiesto en anteriores trabajos, el origen del *leasing* divide a la doctrina; sin embargo, para 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; Id., *Contratos de empresa*, cit., p. 267. En esta mayoría están AMORÓS, «El *leasing* inmobiliario», cit., p. 865 ss.; ARIAS SCHREIBER, *Contratos modernos*, Lima, 1999, p. 92; VIDAL BLANCO, *Leasing. una innovación en la técnica de la financiación*, Madrid, 1977, p. 36 ss. Para ROXAS, el padre del *leasing* es un pequeño empresario norteamericano de maquinaria agrícola, que operó en plena crisis económica imperante en el período sucesivo a la segunda guerra mundial («Il contratto di leasing», cit., p. 693 ss.).

de financiación conocidos desde 1880 con el nombre de *Equipment trust agreements* o *Philadelphia plan*, alcanzó pronto un rápido desarrollo en otros Estados, como el de Ohio por ejemplo²², 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 su evolución fue incipiente²³, ni en los latinoamericanos.

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 disestete 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»²⁴.

3.- DEFINICIÓN DE LEASE BACK

Las definiciones siempre son buenas para el conocimiento de las instituciones jurídicas en estudio. Valen entonces algunas. En opinión de ANGELONI, el *lease back* «é il contratto con cui un soggetto, solitamente un *imprenditore commerciale*, vende un proprio bene immobile ad un'impresa di *leasing*, la quale ne diventa proprietaria e si obbliga a pagarle il corrispettivo, a concedere il

²² GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Paris, 1980, p. 77. Para algunos autores, el primer *leasing* de bienes inmuebles, bajo la forma de *sale and lease back*, se llevó a cabo 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*», cit., p. 780.

²³ Cfr. COILLLOT, *El leasing*, Madrid, 1977, p. 206; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 206.

²⁴ «*Lease back*», cit., p. 780. Esta experiencia se replica en otros países europeos y latinoamericanos, que miran con cierto desdén recurrir a las operaciones de *lease back*.

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»²⁵.

Se puede definir el *lease back* o *sale and lease back*, escribe BUONOCORE, como la operación, denominada también *leasing* de retorno, en virtud de la cual un sujeto-empresario vende un bien de su propiedad a una empresa de *leasing*, la que, a su vez, se lo concede en *leasing* con la posibilidad para el primero de readquirir la propiedad del bien al final del contrato mismo, previo pago del valor residual preestablecido²⁶.

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 tiempo²⁷.

El Tribunal de Milán, por su parte, ha definido el *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 ne 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» (sentencia del 13 de junio de 1985).

²⁵ «*Lease back*», en *Dizionario enciclopedico di diritto*, Padova, 1996, vol. I, p. 88.

²⁶ *La locazione finanziaria*, cit., p. 291. DE NOVA lo define como «contrato socialmente típico, reconocido por los usos, que responde a las exigencias del vendedor de obtener la liquidez que le es necesaria (*sale*), pero continuando con la tenencia de los bienes (*lease back*) y con la posibilidad, además, de readquirirlos en el futuro (opción)» [«*Appunti sul lease back e il divieto del patto commissorio*», cit., p. 309].

²⁷ «Algunas consideraciones en torno al *lease back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1996, n. 635, p. 1401. Según 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) [*Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1995, t. II, vol. 2, p. 412].

El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 22 de junio de 2001, n. 632, y de 6 de febrero de 2006, n. 110, señala que el *lease back* es una operación bilateral en la que la usuaria propietaria vende el bien a la sociedad de *leasing*, que lo cede en arrendamiento a aquélla. Esta sentencia, basada en aquellas de 20 de noviembre de 1999, n. 964, y de 22 de junio de 2001, n. 632, subraya que en esta modalidad contractual desaparece la figura del tercero proveedor del bien, y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del art. 1255 C.c.es., para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aun en la forma simbólica de *solus consensu* (art. 1463 C.c.es.)²⁸.

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 bien²⁹.

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 sec-

²⁸ Cfr. ARANZADI, *Colección jurisprudencia mercantil. Contratos mercantiles*, Navarra, 2008, t. II, p. 1871 ss.

²⁹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 256. Otras definiciones en BUSANI, «Locazione finanziaria» en *Rivista di diritto civile*, 1986, n. 6, p. 608; DE NICTOLIS, «Divieto del patto commissorio alienazioni in garanzia e sale lease back», en *Rivista di diritto civile*, 1991, n. 6, p. 555; DE NOVA, *Nuovi contratti*, en *I diritto attuale*, Torino, 1990, n. 10, p. 233; DI GREGORIO, «Leasing e prassi contrattuali», en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, n. 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; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., t. 1, p. 428; PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, Madrid, 2004, p. 18 ss.; SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contratos para financiación y garantía del comercio internacional*, Navarra, 2008, p. 183; VARA DE PAZ, «Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*», cit., p. 194; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, Buenos Aires, 1996, t. II, p. 110; ROXAS, «Il contratto di *leasing*», cit., p. 721.

tor privado para destinarlos a operaciones de *leasing*, y, del otro, una empresa usuaria, dedicada a la actividad industrial, comercial o profesional³⁰; en segundo lugar, individualiza el objeto del negocio: bienes muebles o inmuebles dedicados al proceso productivo de la empresa. Igualmente, destaca los tres 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. 7.2 L.a.f.); el plazo contractual inicial, establecido habitualmente en función a la vida económica del bien, y el valor residual preestablecido para el ejercicio de la opción de compra³¹.

³⁰ 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 sujetos: la concedente, la usuaria y la proveedora o vendedora de los bienes. En esta línea, 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 del ICAM*, 1991, n. 6, p. 27; CHINDEMI, «Trilateralità del contratto di *leasing* e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 c.c.», en *Responsabilità civile e provvidenza*, 1994, n. 2, p. 184; MIRABELLI, «Il *leasing* e il diritto italiano», en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1974, n. 2, p. 245. Nosotros no compartimos esa tesis; por el contrario, creemos 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 del *leasing*, pero es parte en el contrato de compraventa, que se celebra para la adquisición del bien materia del contrato de financiamiento. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 60; ID., *Contratos de empresa*, cit., p. 293; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 202; CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 187; DIAZ ECHEGARAY, «El contrato de *leasing*», cit., p. 1286; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005, p. 782; GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe*, cit., p. 28; MOLINA SANDOVAL, «Régimen jurídico del *sale and lease back*», en MOLINA SANDOVAL – AMUNÁTEGUI, *Leasing*, cit., p. 161; ROXAS, «Il contratto di *leasing*», cit., p. 721; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 86.

³¹ Para encajar dentro del molde estructural y funcional del *leasing* y, en efecto, del *lease back*, se debe tomar en cuenta siempre dichos rasgos típicos, ya que ellos nos permitirán saber si estamos o no ante este contrato. En esta línea, creemos que las operaciones inmobiliarias realizadas en España por diferentes empresas industriales y bancarias, y últimamente por algunas administraciones autonómicas, no encajan dentro del formato contractual del *lease back*, no solo por no canalizarse a través de empresas de *leasing*, autorizadas para tal fin, sino porque no se condice con la finalidad que anima al *lease back*: vender con derecho a usar y a readquirir los mismos bienes. En opinión de PÉREZ RIVARÉS, tales operaciones no tienen encaje dentro del concepto de legal de arrendamiento financiero, pues ellas se vienen

Recordar que la «opción de compra», contenida en la cláusula de opción o «patto di opzione», según terminología del Código civil italiano, confiere a la empresa usuaria un derecho potestativo de aceptar o no la propuesta de venta del bien formulada por la empresa de *leasing*³². Esta cláusula, en consecuencia, permite a la usuaria, a su sola decisión, adquirir la propiedad del bien, al final del plazo contractual inicial, mediante el pago del valor residual estipulado en el propio contrato. En tal sentido, la empresa usuaria no está obligada a ejercitar la opción de compra al final de la relación contractual, ya que es su derecho. En suma, esencial es la presencia de la cláusula de opción de compra en el contenido del contrato, ya que de esta manera se configura la función propia del *leasing*, pero no su ejercicio. No participamos, por ende, de la tesis de aquella doctrina que subraya como característica típica y natural del contrato de *leasing* el ejercicio de la opción de compra. Pensamos que optar por la compra, dentro del plazo contractual, es derecho de la empresa usuaria, no su obligación.

Con relación al «plazo contractual», decir que entre las peculiaridades que ofrece el *leasing* está aquella de establecer un doble plazo: uno inicial y otro final. El primero se proyecta para la fase de administración del bien, y se establece, atendiendo a la vida útil del bien, en interés de ambas partes; el segundo, en cambio, se establece para la fase dispositiva, esto es, para que la usuaria pueda ejercer la opción de compra, que en lo habitual es menos al inicial: no supera los 45 días. Dentro del plazo inicial, la empresa de *leasing* consigue por lo general la amortización de la inversión, menos el valor resi-

estructurando a través de arrendamientos de bienes en los que el comprador-arrendador es un inversor privado ajeno a las sociedades de *leasing* («El encaje del *sale and lease back* de edificios públicos», cit., p. 2730). En efecto, el objetivo de éste es comprar para arrendar; el objetivo de la empresa de *leasing* es, por el contrario, comprar para dar en *lease back*; esto es, para dar en uso con una opción de compra del bien.

³² La función que cumple este derecho de opción dentro de la estructura contractual del *leasing* es la de distribuir el riesgo de obsolescencia del bien entre las partes contratantes; esto es, del riesgo de «cessazione del uso di macchine e impianti prima del loro esaurimento fisico a causa della comparsa di modelli o alternative più efficienti, che consentono minori costi di produzione» explica MUNARI, «*Leasing*», cit., p. 680. Sobre el particular, v. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 285 ss.; PÉREZ GURREA, «La opción de compra en el contrato de *leasing*», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2010, n. 717, p. 329 ss.

dual; la usuaria, a su vez, logra sus proyectados objetivos de producción y posicionamiento en el mercado. Un plazo menor para ésta le resultaría muy oneroso y para aquélla más riesgoso. Por esta razón, la doctrina califica como irrevocable este período negocial.

Finalmente, en cuanto al valor residual, señalar que es el precio preestablecido por las partes y por el cual la empresa usuaria, si opta por la compra, adquiere el bien a la expiración del plazo contractual. Para la determinación del valor residual de un bien se ponderan dos factores: su vida económica y su valor esperado a la finalización del término inicialmente pactado en el contrato³³.

Los Tribunales Supremos de Italia, Francia y España han reparado, muy seriamente, cuando de calificar se trata si es o no un *leasing* el contrato materia de *litis*, en el valor residual pactado como precio para el ejercicio de la opción de compra. Si el valor residual, por ejemplo, no representa más que una ínfima parte del valor del mercado del bien, han coincidido que no se trata de un contrato de *leasing*, sino de una compraventa a plazos con reserva de propiedad. Al respecto es ilustrativa la sentencia de 28 de mayo de 1990 del Tribunal Supremo español, que en su Fundamento de Derecho tercero estima que el contrato de autos no era de arrendamiento financiero sino de compraventa a plazos, porque «el valor residual insignificante o simbólico permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo». Este parecer ha sido moderado en sentencias posteriores. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 6 de marzo de 2001, siguiendo la doctrina de la Sala, expresadas en las sentencias de 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero, 15 de junio, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999, considera, por ejemplo, «que la nimiedad del valor residual no es indicativo por sí sola para entender que no estamos en presencia de un *leasing* financiero, y más todavía si recae sobre bienes de equipo que se integran al círculo de producción del usuario»³⁴.

³³ Cfr. MARTORELL, *Tratado*, cit., p. 400; LEIVA FERNÁNDEZ, *Digesto práctico la ley. Contratos*, Buenos Aires, 2000, vol. III, p. 1249.

³⁴ Cfr. T.S. (Sala 1ª), sentencia de 6 marzo 2001, en *Actualidad civil*, 2001, n. 27, p. 1952.

El indicado criterio se ha mantenido en la sentencia de 21 de diciembre de 2001, pues señala dicho colegiado que «según la jurisprudencia la cuantía simbólica del precio de opción no es elemento decisivo para rechazar la calificación de arrendamiento financiero»³⁵. Mejor es el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 23 de diciembre, que señala: «no es suficiente para desvirtuar la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero el que el valor residual del bien objeto del mismo sea más o menos elevado, o pueda equivaler al importe de una cuota mensual. Lo verdaderamente relevante es la determinación de si el contenido de las cláusulas del contrato pone en evidencia que la intención de las partes fue la de celebrar un arrendamiento financiero y no una compraventa a plazos»³⁶.

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 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». A diferencia de lo que sucede en la mayoría de legislaciones internas³⁷, el *lease back* es un contrato típico en nuestro país, pues es

³⁵ Cfr. T.S. (Sala 1ª), sentencia de 21 diciembre 2001, en *Actualidad civil*, 2002, n. 10, p. 711.

³⁶ Cfr. T.S. (Sala 1ª), sentencia de 23 diciembre 2001, en *Actualidad civil*, 2002, n. 11, p. 786. Con relación a recientes pronunciamientos judiciales, v. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, «Contrato de arrendamiento financiero», cit., p. 1298 ss.

³⁷ 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

un negocio que está regulado por el artículo 27 L.a.f., 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»³⁸.

b) «Consensual». El derecho moderno, distanciándose del derecho romano, germano e inglés, que se caracterizaban por un riguroso formalismo, 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 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 solo se exigen de manera excepcional; esto es, como requisito de validez del contrato³⁹. 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 qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire des prestations»⁴⁰.

tipicidad de uno conlleve 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 el *Leasing* Internacional», que regulan el *leasing* pero no el *lease back*. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 29. Sobre este tema, v. § 8.

³⁸ Recordar que el *leasing* en nuestro país está regulado por el Dec. leg. n. 299 (L.a.f.), publicado el 29 de julio de 1984 y reglamentado por D.S. N° 559-84-EFC, el 28 de diciembre del mismo año. Igualmente, la ley uruguaya n. 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». La Ley argentina n. 25.248 sigue también la tendencia y regula el *lease back* en el art. 5.e. Dispone esta norma que «el objeto del contrato puede ser adquirido por el dador al tomador por el mismo contrato o haberlo adquirido antes». El art. 6.3 gobierna el tema de la evicción y vicios redhibitorios en este contrato. Cfr. MOLINA SANDOVAL, «Régimen jurídico del *sale and lease back*», cit., p. 161.

³⁹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, cit., p. 70; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, vol. I, p. 34.

⁴⁰ *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, 1988, t. 2, p. 291.

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 n. 7-1990, art. 3). En nuestro país la situación es distinta: el art. 8 L.a.f. dispone que «el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública». Atendiendo al tenor de la norma, podemos decir que dicho mandato tiene, desde un estricto perfil positivista, el carácter de una formalidad *ad probationem*, pues su inobservancia no viene sancionada con nulidad, como lo exige el art. 144 C.c.pe.; pero desde el ángulo de moderna hermenéutica jurídica, pensamos que se indica una formalidad *ad solemnitatem*, toda vez que el precepto señala, expresamente, «se celebrará». En efecto, se dispone una *forma* para la celebración del contrato de *leasing*, no una *forma* para probar la estipulación de este contrato⁴¹. En otras palabras, estamos ante una *forma para ser*, no una *forma para valer*.

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 contratos. 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 y el de *factoring* [Ley general del sistema financiero y de seguros, Ley n. 26702, y Reglamento de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), n. 1021-98]. En otras palabras, el contrato de *lease back* no depende ni lógicamente ni jurídicamente de otro, pues él se presenta y se ejecuta independientemente de cualquier otro.

⁴¹ Con este parecer rectificamos nuestra opinión publicitada en trabajos anteriores: *Leasing*, cit., p. 286; *Id.*, «La forma en el negocio jurídico y en el *leasing*» en *Revista de derecho y ciencia política*, 1994-1995, vol. 51-51, p. 52. Nos mantenemos con aquella enunciada en nuestras publicaciones posteriores, a saber: «Forma y formalismo contractual», en *Revista de derecho y ciencia política*, 2004, n. 2, p. 188; y *Contratos de financiamiento*, cit., p. 284. Con relación a la función de la forma en la contratación actual, v. DI MARZIO, «Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti», en *Rivista critica del diritto privato*, 2001, n. 2-3, p. 395 ss.; GALLO, *Trattato*, cit., t. 2, p. 1047 ss.; MORELATO, «Neoformalismo e trasparenza contrattuale», en *Contratto e impresa*, 2005, n. 2, p. 592 ss.; *Id.*, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; TORRES LANA, «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *Revista de derecho privado*, 2004, Julio-Agosto, p. 491 ss.

d) «Oneroso». Los contratos de *lease back* son onerosos por su propia naturaleza financiera; no imaginamos un contrato de *lease back* gratuito. En efecto, la onerosidad 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 subjetiva⁴².

e) «Conmutativo». Tiene este carácter porque la estimación del respectivo sacrificio o ventaja es realizada con antelación; esto es, la evaluación del riesgo ya se ha efectuado usualmente antes de la celebración del contrato. Según esto, tanto la empresa de *leasing* como la usuaria conocen con anticipación el valor económico que tiene para ellos el contrato de *lease back*. Los conmutativos son contratos, pues, que 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 contrato⁴³.

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

⁴² Cfr. MESSINEO, «Contratto (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. X, p. 918. 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 (*Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1970, t. II, p. 81).

⁴³ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 159. GHESTIN estima que un contrato «est conmutatif lorque 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 un riesgo (*Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2005, p. 256).

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 obligacional⁴⁴.

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 otra⁴⁵.

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 contrato⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. OPPO, «I contratti di durata», en *Rivista del diritto commerciale*, 1943, n. 1-2, p. 135 ss.; LUMINOSO, «Il rapporto di durata», en *Rivista di diritto civile*, 2010, n. 4, p. 501 ss.; TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., p. 297.

⁴⁵ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 164. En estos contratos la prestación es *corrispettiva* a la contraprestación. La relación entre las prestaciones correspondientes se llama *sinallagma*, apunta TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., p. 254.

⁴⁶ Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, en CICU – MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1968, vol. XXI, t. I, p. 5 ss.; ALFARO, *Las condiciones generales de*

No compartimos tal criterio; antes bien, creemos que los contratos de *lease back* se caracterizan por ser celebrados a través de cláusulas generales⁴⁷, las que abarcan solamente determinados aspectos del contrato, dejando a las partes en libertad de negociar los elementos propios o, mejor, típicos de cada contrato⁴⁸. 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.

Recordar siempre 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 posible⁴⁹. Así 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.

la contratación, Madrid, 1991, p. 38 ss.; LEYVA SAAVEDRA, *El contrato de leasing*, cit., p. 259; Id., *Contratos de empresa*, cit., p. 87 ss.

⁴⁷ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 173. Según el art. 1392 C.c.pe., «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. PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*, Lima, 2001, t. I, p. 693.

⁴⁸ 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 PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, cit., p. 113.

⁴⁹ Este paralelismo, estima VATTIER FUENZALIDA, 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*, 1995, n. 630, p. 1527).

i. «De empresa». Apartándonos del calificativo de contrato mercantil que habitualmente utiliza la doctrina⁵⁰, jurisprudencia y legislación (art. 1 L.a.f.), pensamos que el *lease back* es un contrato de empresa⁵¹; 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 contractual⁵². 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 solo si son estipulados por una empresa dedicada a estas actividades, por ejemplo, los contratos de suministro, de transporte, de distribución, etc. En general, la disciplina del contrato de empresa reclama *tout court* la presencia de una empresa en la relación negocial, que estipule estos contratos en ejercicio de su actividad empresarial⁵³.

⁵⁰ En este sentido, DE LA CUESTA RUTE, «Jurisprudencia sobre el *leasing*», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, 1987, n. 27, p. 660; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, «Contrato de arrendamiento financiero», cit., p. 1296; LAVALLE – PINTO, *Leasing mobiliario*, Buenos Aires, 1982, p. 83; MONTOYA MANFREDI, *Derecho comercial*, cit., p. 382; MORILLAS, *Algunos aspectos del leasing*, cit., p. 493; PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, cit., p. 18; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 161; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 91.

⁵¹ Son de este parecer también, BONEO – BARREIRA, *Contratos bancarios modernos*, Buenos Aires, 1984, p. 94; GALGANO, *Trattato*, cit., p. 722.

⁵² Cfr. OPPO, «Note sulla contrattazione d'impresa», en *Rivista di diritto civile*, 1995, n. 5, p. 630; ID., *Principi*, en BUONOCORE (dir.), *Trattato*, cit., 2001, Sez. I, t. 1, p. 30; ID., «Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio», en *Rivista di diritto civile*, 2006, n. 1, p. 46 ss. Importantes referencias a esta categoría en DOLMETTA, «Sui contratti d'impresa: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)», en *Jus*, 2009, n. 2, p. 291 ss.; MACARIO, «Dai contratti delle imprese al terzo contratto: nuove discipline e rielaborazione delle categorie», *ivi*, p. 311 ss.

⁵³ Cfr. OPPO, «I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale», en SIRENA (coord.), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 16; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, cit., p.

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».

La praxis empresarial de las últimas décadas enseña que el financiamiento de las empresas, en la mayoría de casos, es realizado por otras empresas, que se distinguen por ofrecer servicios especializados, a saber: *leasing*, *factoring*, fideicomiso y fondos mutuos. Se les conoce, por ende, como empresas especializadas en tales contratos; de allí su referencia como América *leasing*, la titulizadora, Fiduperu, etc. Pertenecen, sin duda, al sistema parabancario, que aparece en la escena financiera con una nueva concepción profesional: más importante que el «producto» es el «servicio» que se brinda a los clientes o usuarios⁵⁴.

Bien puede decirse, finalmente, que el *lease back* es un auténtico contrato de financiamiento⁵⁵, pues a través de este contrato 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.

116. La doctrina civilista ha formulado algunas observaciones a esta novel categoría. Cfr. ALPA, «Osservazioni sulla categoria dei contratti di impresa», en *I contratti*, 2004, n. 11, p. 1059 ss.; GENTILI, «I contratti d'impresa e il diritto comune europeo», en SIRENA (coord.), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 95 ss.

⁵⁴ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de empresa*, cit., p. 123; Id., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 234.

⁵⁵ Cfr. AMORÓS, «El *leasing* inmobiliario», cit., p. 867; ANGELONI, «*Lease back*,» cit., p. 883; GASTALDI, *¿Qué es el leasing?*, Buenos Aires, 1995, p. 42; GALGANO, «Il *leasing*», en GALGANO - MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2007, p. 506; Id., *Trattato*, cit., p. 723; GALLO, *Trattato*, cit., p. 145; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 174; Id., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 261; MONTOYA MANFREDI, *Derecho comercial*, cit., p. 384; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 92; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1987, p. 640.

En otras palabras, la actividad de las empresas de *leasing* encuentra su razón de ser en el *financiamiento del uso* de los bienes, de última generación, que necesitan las empresas usuarias para desarrollar su actividad en el mercado; *no en el financiamiento de la propiedad* de tales bienes⁵⁶. La filosofía que anima a los empresarios de éstas últimas décadas es aquella de reza: «más importante es tener la disposición de los bienes para utilizarlos que la propiedad de éstos para disponerlos». En el *lease back* se mantiene esta filosofía; la liquidez que obtiene la usuaria con esta operación no desnaturaliza al *lease back*, por el contrario, lo individualiza.

b) «De uso y disfrute». En las últimas décadas se ha ensayado una clasificación de contratos en atención a sus objetivos sustanciales. En tal sentido, se habla de contratos traslativos de la propiedad, donde naturalmente están la compraventa, la permuta el mutuo, suministro, etc., y de contratos traslativos de uso y disfrute, dentro de los que se alistan el arrendamiento, el comodato, etc.⁵⁷.

En línea con esta clasificación, podemos decir que el *lease back* es un contrato traslativo de uso y disfrute de bienes de capital y, eventualmente, es título para la adquisición de la propiedad de tales bienes, si es que los representantes de la empresa usuaria deciden que esa es la alternativa más conveniente a los intereses de la empresa. Indudablemente pensamos en la operación financiera, no en el contrato de compraventa que se estipula entre la empresa propietaria del bien y la empresa de *leasing*, que adquiere el bien con el único propósito de entregarlo luego en *leasing* a la original propietaria, convertida ahora en usuaria del bien con la opción de devenir nuevamente propietaria si así lo decide, previo pago del valor residual preestablecido en el contrato de *lease back*.

⁵⁶ Como bien apunta GALGANO, la empresa de *leasing* concede *in godimento* (en uso) los bienes a la empresa usuaria, no los entrega en propiedad [«El *leasing*», cit., p. 503; *Id.*, *Trattato*, cit., p. 718]. El objeto social de estas empresas es financiar operaciones de *leasing*, no comprar bienes muebles o inmuebles para vender. Su negocio no es la compraventa, sino la prestación de servicios de financiamiento.

⁵⁷ Cfr. RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra*, cit., p. 33; LEYVA SAAVEDRA, *El contrato de leasing*, cit., p. 161; *Id.*, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 234.

5.- NATURALEZA JURÍDICA DEL *LEASE BACK*

El estudio de la naturaleza jurídica del *lease back* es también una faceta de encuentros y desencuentros teóricos⁵⁸. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia extranjera no han faltado posiciones que cuestionan la naturaleza jurídica, la conveniencia y validez de este peculiar contrato. En cuanto al primer tema, algunos autores han asimilado el *lease back* a la compraventa con pacto de rescate (art. 1500 C.c.it.) o retroventa (art. 1586 C.c.pe.) y, en menor proporción, al préstamo (mutuo), al negocio fiduciario y al reporte⁵⁹.

Interesa dedicar algunas líneas a estas teorías, aun cuando la tesis del préstamo ya ha merecido nuestra atención⁶⁰. Por la compraventa con «patto di riscatto», el vendedor se reserva el derecho de readquirir la propiedad del bien vendido mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos efectuados por el comprador (art. 1500 C.c.it.). El vendedor se preocupa de incluir esta cláusula porque imagina o espera readquirir la propiedad del bien dentro un periodo de tiempo razonable, situación que lo diferencia de la cesión con fines de garantía y del *lease back*, aun cuando vengan identificados por el instrumento técnico-jurídico utilizado: la compraventa⁶¹.

⁵⁸ Cfr. GALGANO, «Il leasing», cit., p. 506. Más allá del valor doctrinario o académico que pueda tener el tema, creemos que la determinación de la naturaleza jurídica del *lease back* 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.

⁵⁹ Cfr. FELIÚ REY, «Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease back* o *leasing* de retorno», en *Actualidad civil*, 1994, n. 23, p. 431 ss.; ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del *lease-back* y prohibición del pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 16 de mayo de 2000, R.J. núm. 5082», en *Revista de derecho privado*, 2001, noviembre, p. 914 ss. Para otras teorías, v. LLORENTE SAN SEGUNDO, «El contrato de *sale and lease back*», cit., p. 1409 ss.

⁶⁰ Al respecto, v. LEYVA SAAVEDRA, *El contrato de leasing*, cit., p. 77 ss.; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 217 ss.; PACHECO CAÑETE marca también los puntos diferenciales entre el *lease back* y el contrato de préstamo (*El contrato de lease-back*, cit., p. 87).

⁶¹ Es evidente que en el plano práctico, antes que en la perspectiva de la calificación jurídica del fenómeno, la cesión con fines de garantía o la venta con pacto de readquisición deben

En principio, las motivaciones que lleva al vendedor a desprenderse de la propiedad de los bienes son diversas en ambos contratos: en el *lease back* se quiere dos cosas: liquidez y posesión de los bienes para continuar utilizándolos dentro del proceso productivo; en la venta con pacto de readquisición se quiere tener simplemente la posibilidad de recuperar el bien dentro de un plazo razonable. En el primero, los intereses son empresariales; en el segundo, los intereses son personales. Es más, el *lease back*, a diferencia de la indicada venta, es una operación de financiamiento que presenta una serie de rasgos típicos: calidad de las partes (empresas), instrumentalidad de los bienes, homogeneidad de los criterios de determinación de las contraprestaciones, duración y modalidades de la relación contractual conforme a los usos del sector⁶².

La tesis del préstamo, mejor todavía del mutuo, no explica la naturaleza del *lease back*, como tampoco lo hace con el *leasing*. Con relación a este último, se piensa que la calificación de préstamo debe mantenerse, puesto que hay una efectiva entrega de fondos a un tercero (fabricante/proveedor) hecha por un tomador. Además, se dice, el carácter puramente financiero se evidencia por la ausencia de una obligación positiva a cargo de la empresa dadora del *crédit-bail*, respecto al bien financiado por medio de ese contrato de préstamo⁶³.

ser observadas con atención todas las veces en que, de hecho, permitan realizar el efecto previsto y prohibido del pacto comisorio. Cfr. CICCARELLO, «La vendita con patto di riscatto», en VALENTINO (coord.), *I contratti di vendita*, en RESCIGNO – GABRIELLI (dirs.), *Trattato*, cit., vol. 7, t. II, p. 728.

⁶² Cfr. PASSAGNOLI, «La frode alla legge», en VETTORI (coord.), *Il regolamento*, en ROPPO (dir.), *Trattato del contratto*, Milano, 2007, vol. II, p. 490.

⁶³ Cfr. GIOVANOLI, *Le crédit-bail*, cit., p. 375 ss. Identificándose con esta tesis, ALFARO señala que para explicar la obligación del usuario de reintegrar mediante las cuotas de inversión de la empresa de *leasing*, es necesario recurrir al préstamo; pues tanto en el *leasing* como en el préstamo de dinero, una de las partes (el prestamista/la sociedad de *leasing*) pone a disposición de la otra (prestatario/usuario) valor patrimonial abstracto para que la otra parte disfrute de él – bien comprando lo que sea, bien mediante la previa adquisición del bien – y para que restituya al final la cantidad prestada mediante el pago de cuotas. La existencia de diferencias relevantes (carácter real o consensual, devolución del *tantumdem*, transmisión de la propiedad, etc.) no impide la calificación señalada («*Leasing*», en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, vol. II, p. 3917). VALENZUELA también muestra simpatía por esta tesis, ya que estima que el *leasing* cumple en esencia una función de financiación, que equivale, en términos económicos, a un préstamo de la sociedad de arrendamiento financiero al usuario: aquélla anticipa en metálico el precio total del bien que le ha solicitado el usua-

En realidad, poco o nada conviene esta tesis. Si bien la ecuación financiera del mutuo se asemeja al *leasing*, las características y funciones de estos contratos son muy distintas⁶⁴. De entrada, en el mutuo existe una operación crediticia de carácter directo por la cual el mutuante transfiere al mutuuario la propiedad de determinados bienes fungibles, obligándose éste a devolver otros de la misma especie y cantidad. En el *leasing*, antes bien, el crédito se otorga en forma indirecta a través de la adquisición de un bien de capital y la concesión del mismo en uso a la empresa usuaria⁶⁵. En este caso no existe transferencia de la propiedad del bien, sino que ella también permanece en el patrimonio de la empresa de *leasing* cumpliendo una finalidad de garantía del crédito otorgado⁶⁶.

Además, se considera imposible una operación de *leasing* de dinero, toda vez que éste no es un bien identificable; en cuanto a los bienes consumibles, enunciado en el art. 1648 C.c.pe., aun en el supuesto de poder ser identificados, tal

rio, y obtiene de éste la restitución a plazos [«Arrendamientos mercantiles», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid, 2003, p. 474]. En esta misma línea, FERNÁNDEZ estima que no se puede mantener que no hay préstamo porque los fondos van a parar directamente, en algún caso, a las manos del vendedor. Incluso las cuotas que el usuario paga están formadas por dos partes: amortización del capital, por un lado, más intereses que se le cobran, por otro («El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de venta de bienes muebles a plazos», en *Revista de derecho mercantil*, 2001, n. 239, p. 213).

⁶⁴ Cfr. CALANDRA, «Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria», en *Rivista di diritto civile*, 1978, n. 2, p. 211; SÁNCHEZ-PARODI, *Leasing*, cit., p. 125 ss.; SEGURADO, *El leasing*, Barcelona, 1992, p. 19.

⁶⁵ En opinión de GARCÍA GARNICA, se trataría de un contrato de financiación que se incluiría dentro de la más amplia categoría de los contratos de crédito, lo que no supone equipararlo al mutuo, pues la financiación en este caso se produce, no mediante la entrega de una suma de dinero, sino en la puesta a disposición del usuario de un determinado bien (*El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Pamplona, 2001, p. 151).

⁶⁶ La empresa de *leasing* no deviene propietaria del bien porque lo quiera revender, con o sin reserva de propiedad, sino porque quiere garantizarse la restitución del capital empleado para la adquisición del bien; esto es, del capital utilizado para financiar el uso del bien capital a la empresa usuaria. Cfr. DENOZZA, «Il mercato dei limoni, la teoria degli ostaggi e la risoluzione del contratto di *leasing*», en *Rivista italiana del leasing*, 1987, n. 3, p. 687; LUCCHINI GUASTALLA, «La risoluzione del contratto di *leasing* finanziario», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, n. 2, p. 500.

identificación resulta irrelevante en la medida que en el mutuo, el mutuuario está facultado a restituir en equivalente, un *tantumdem*; es decir, otro tanto de la misma especie y calidad, en vez de los mismos bienes recibidos (art. 1648 C.c.pe.). En el *leasing*, en cambio, sino se ejercita la opción de compra al término del plazo contractual, la empresa usuaria tendrá la obligación devolver el mismo bien, no otro⁶⁷.

En suma, concebir al *leasing* como un préstamo de dinero que hace la empresa de *leasing* a la usuaria no se acomoda a la realidad⁶⁸, pues si el *leasing* implicase un préstamo de dinero no se comprende porque motivo la empresa usuaria no compra directamente el bien o bienes al fabricante o distribuidor, una vez que la empresa *leasing* le ha entregado el dinero. No sería necesario y lógico implicar a la empresa de *leasing* en la adquisición de bienes y, en efecto, complicar la operación, haciendo que la empresa de *leasing* se relacione con el fabricante o proveedor.

El Tribunal Supremo español, que había mostrado algunas vacilaciones, en la sentencia de 16 de mayo de 2000 deja establecida su posición sobre este tema. Señala: «lo que caracteriza al *leasing*, en su versión de arrendamiento financiero, es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica que explica e integra su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto, y, además, según la Disposición Adicional 7ª, apartado primero, de la Ley 26/1988, su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica, porque

⁶⁷ En el contrato de *leasing* la propiedad de los bienes en todo momento es de la empresa financiera, y no existe, por ende, la obligación de la usuaria de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, sino de devolver el mismo bien si no ejercita la opción de compra. Cfr. BUITRAGO RUBIRA, *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*, Pamplona, 1998, p. 84 ss.; RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing*, cit., p. 36 ss.

⁶⁸ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 84; ID., «El *leasing* y su configuración jurídica», cit., p. 777. Un hecho importante que impide considerar al *leasing* como un contrato de préstamo es que falta en aquél una transferencia de dinero de la empresa de *leasing* a la usuaria, señala APICE, *Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali*, Milano, 1991, p. 12. Si el *leasing* fuera un préstamo, la usuaria estaría obligada a restituir una cantidad que no ha recibido, agrega CORBO, *La autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 188.

precisa o desea dicha cosa y carece de soporte económico para adquirir su dominio, o por otras razones, reservándose la facultad de adquisición para un tiempo posterior mediante el mecanismo de la opción de compra. En cambio, lo que caracteriza el préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible, es consumible por naturaleza produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio con la obligación de devolver el *tantumdem*, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante o trascendente, la razón de ser del contrato, es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el *leasing* se financia directamente la adquisición del objeto»⁶⁹. Los jueces españoles poco entienden a esta figura financiera, ya que en el *leasing*, como hemos dicho, lo que se financia es el uso de un bien, no la adquisición del bien.

Este criterio de distinción, correcto para el *leasing* en general, ha sido puesto en duda para el caso de *lease back*. En este contrato, dice un sector doctrinario, se quiere no es financiar la adquisición de un determinado bien, que la usuaria ya tiene, sino obtener dinero utilizando sus propios bienes, pero sin perder su disponibilidad, de manera que puedan seguir destinándolos a la actividad empresarial. El acercamiento de esta figura contractual al préstamo es evidente, se concluye⁷⁰. En nuestra opinión, los argumentos desarrollados por

⁶⁹ T.S. (Sala 1ª), sentencia de 16 de mayo de 2000, en *Actualidad civil*, 2000, n. 37, p. 2530; también en O'CALLAGHAN, *Código civil*, cit., p. 1621 ss.

⁷⁰ Cfr. ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del *lease back* y prohibición de pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 16 de mayo de 2000, R.J. n. 5082», en *Revista de derecho privado*, 2001, noviembre, p. 916. PARRA LUCÁN entiende que se trata más bien de una operación de préstamo en la que la propiedad del bien se transmite como garantía («Sentencia de 1 de febrero de 1999. Comentario», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 1999, n. 50, p. 835). En un trabajo posterior, distanciándose del parecer del Tribunal Supremo, que estima que la Ley de usura es sólo aplicable a los préstamos, esta autora considera aplicable la figura de la usura al contrato de *lease back*, entendiendo que éste encaja dentro del marco del art. 9 de la Ley de usura española, que reza: «lo dispuesto en esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se ha ofrecido». Cfr. PARRA LUCÁN, «*Lease-back* inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio», en *Nulidad. Comentarios*, 2007, p. 12; en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=399>. Esta norma exige dos requisitos para su aplicación, a saber: una operación *sustancialmente equivalente* a un préstamo de dinero y una garantía ofrecida para el cumplimiento de este contrato. Estos requisitos no

este sector no convencen, en principio, porque con el *leasing* lo que se pretende es financiar el uso, no la adquisición de un bien. Si la idea fuera financiar la adquisición del bien, ¿para qué se pierde tiempo incluyendo una opción de compra? Bastaría cumplir con los pagos establecidos en el contrato y listo. Esto vale también para el *lease back*, que es un subtipo de aquél⁷¹. Es más, en un contrato de *lease back*, la propietaria/usuario se desprende, realmente, de la titularidad de sus bienes para obtener liquidez; esto es, los vende a la empresa de *leasing*, no los entrega en garantía de un préstamo. Razonar en sentido contrario es pensar que el objeto social de las empresas de *leasing* es otorgar préstamos; lo que no es verdad. Su objeto es financiar el uso y eventual adquisición de bienes de capital⁷².

El Tribunal Supremo español ha dejado traslucir, en algunas sentencias, su inclinación por la tesis del negocio fiduciario⁷³; aunque en una más reciente,

se cumplen el caso del *lease back*, ya que ni es una operación sustancialmente equivalente al préstamo, ya que no recibe dinero alguno en préstamo para ser devuelto luego, ni el bien es entregado en garantía. El dinero que recibe la usuaria es como pago del precio del bien vendido, no como préstamo, por lo que no tendrá la obligación de devolver nada; además, no puede entregar en garantía a la empresa de *leasing* un bien que es de propiedad de ésta. No imaginamos a la empresa de *leasing* recibiendo en garantía un bien de su propiedad; ésta si solicita una garantía a la usuaria para el cumplimiento del contrato de *lease back*, la usuaria tendría que ofrecerle bienes muebles o inmuebles de su propiedad o de terceros.

⁷¹ Esto ya ha quedado definido por la mejor doctrina extranjera. Cfr. BUSSANI, «Il contratto di *lease back*», cit., p. 558 ss.; BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 292; CAGNASSO – COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 132 ss.; LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 36; Id., «El *leasing* y su configuración jurídica», cit., p. 778; LORENZETTI, *Contratos*, cit., p. 595; LUMINOSO, «Il *leasing* finanziario», Id., «Il *leasing* finanziario: struttura dell'operazione e caratteri del contratto», en BUONOCORE (coord.), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005, p. 664; MUNARI, «*Leasing*», cit., p. 693; ORTUÑO BAEZA, «Arrendamiento financiero», cit., p. 1210; RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto commerciale e fallimentare*, Padova, 1997, vol. II, p. 1309.

⁷² Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 84; Id., «Naturaleza jurídica del contrato de *leasing*», cit., p. 121.

⁷³ Cfr. Sentencias de 13 julio 1999, de 16 mayo 2000, de 17 julio 2001; citadas por COSTAS RODAL, «*Leasing*», cit., p. 2618. El efecto inmediato de esta tesis es que la empresa de *leasing* en ningún caso podrá ser considerada propietaria del bien, con las consecuencias que ello acarrea en orden al posible ejercicio por parte de aquélla de acciones declarativas o tercerías de dominio, estima LLORENTE SAN SEGUNDO, «El contrato de *sale and lease back*», cit., p. 1413.

particularmente en la sentencia de 2 de febrero de 2006, ha dejado claras las cosas. Se dice que la función de garantía que cumple el *lease back*, transmisión de la propiedad del bien al arrendador financiero, no es por sí sola razón suficiente para reconducir esta operación financiera al negocio fiduciario, pues las partes pueden querer realmente la venta celebrada⁷⁴.

La identificación del *lease back* con el contrato de reporte (riporto) resulta todavía más lejana, pues si bien ambas son figuras financieras, estructuralmente no tienen punto de encuentro, ni siquiera con el *lease back* de acciones⁷⁵. Las operaciones de reporte son realizadas con valores mobiliarios, especialmente con acciones y bonos de sociedades anónimas⁷⁶, y en un mercado en particular: el mercado de valores⁷⁷. Por esta razón recibe el calificativo de reporte

⁷⁴ Cfr. PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, cit., p. 79. Mayores argumentos en contra de la tesis del negocio fiduciario con relación al contrato de *leasing*, v. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 108 ss.

⁷⁵ La doctrina y jurisprudencia italiana viene trabajando con esmero sobre el nuevo subtipo *leasing*, aquel denominado *leasing* de acciones. La admisión no es tan fácil, toda vez que rompe con algunos esquemas clásicos de actuación al interior de las sociedades, particularmente con aquel del ejercicio de sus derechos políticos, sociales y económicos, que exigen titularidad real de las acciones, no virtual o potencial, como es en el caso de *leasing*. Sobre el tema, v. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 233 ss.; BOLOGNESI, «*Leasing azionario: profili di (in)compatibilità con il diritto societario e possibili soluzioni*», en *Contratto e impresa*, 2006, n. 5, p. 1097 ss.; CAPRARA, «*Il leasing finanziario di azioni e la disciplina delle azioni proprie*», en *Le società*, 2003, n. 5, p. 687 ss.; CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 409 ss.; LEYVA SAAVEDRA, «*Contratos especiales*», en *Revista jurídica del Perú*, 2001, n. 26, p. 127 ss.; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 271 ss.

⁷⁶ Cfr. RAGUSA MAGGIORE, «*Riporto (contratto di)*», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, p. 1029. Recordar que las acciones son títulos de participación social, antes que títulos de crédito. Los primeros incorporan derechos sociales, los cuales son ejercidos al interior de las sociedades por acciones. Estos derechos acogen en su interior a los derechos políticos (de elegir y ser elegido), económicos (al reparto de utilidades) y administrativos (de solicitar la información necesaria a los órganos de la sociedad). Los títulos de crédito, en tanto, incorporan un derecho de crédito, como es el caso de la letra de cambio, el cheque y el pagaré. Cfr. FERRI, *Manuale*, cit., p. 637 ss.; GALGANO, *Trattato*, cit., p. 850 ss.

⁷⁷ En estos mercados se colocan (mercado primario) y luego se negocian (mercado secundario) productos financieros; esto es, acciones y bonos. Al respecto, v. CAPRIGLIONE, «*Borsa (Mercati di)*», en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, Milano, 2001, vol. V, p. 181 ss.; COSTI, «*Il mercato mobiliare*», en BUONOCORE (coord.), *Manuale*, cit., p. 679 ss.; ID., *Il*

de bolsa (riporto di borsa) para diferenciarlo de aquel operado por el sistema bancario (riporto di banca), regulado en el art. 1548 C.c.it., y pensado como contrato real; esto es, como un contrato que se perfecciona con la entrega de los títulos de crédito (art. 1549 C.c.it.).

En virtud del contrato de reporte una persona, llamada reportante, se obliga a adquirir valores mobiliarios de otra, llamada reportada, mediante el pago al contado o a plazos de un precio determinado, asumiendo la obligación de transferir a la reportada otros valores de la misma clase o género, en un determinado plazo, a un precio generalmente mayor al de la venta inicial, que incluye o no la prima o comisión establecida como contraprestación⁷⁸. Característica esencial de esta operación es la fungibilidad de los valores mobiliarios; la parte reportante, en efecto, está obligada a restituir valores individualizados solo por el *genus*, no los mismos valores recibidos⁷⁹.

El contrato de reporte involucra dos operaciones: una al contado o plazo fijo, y otra a plazo; pero ambas se instrumentan en un mismo documento⁸⁰. Ahora,

mercato mobiliare, Torino, 2010; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 15 ss.; MONTOYA MANFREDI, *Derecho comercial*, cit., 2004, t. II, p. 439 ss.

⁷⁸ Cfr. BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di borsa. Il riporto*, en CICU – MESSINEO (dirs.), *Trattato*, cit., 1969, vol. XXXV, t. 2, p. 487 ss.; CORRADO, *Il riporto*, Milano, 1943, p. 3 ss.; COTTINO, *Riporto. Permuta*, en DE NOVA (coord.), *Commentario del codice civile e codice collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2012, p. 3 ss.; GALGANO, *Trattato*, cit., p. 775 ss.; GIRINO, *Dizionario di finanza*, Milano, 2005, p. 650; MAURA, «Il contratto di riporto e il contratto di prestito titoli», en CASSANO (coord.), *I singoli contratti*, cit., p. 985 ss.; MESSINEO, *Operaciones de banca y bolsa*, Barcelona, 1957, p. 159 ss.; ID., *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1979, t. V, p. 139 ss.; MONTOYA MANFREDI, *Derecho comercial*, cit., p. 551; RAGUSA MAGGIORE, «Riporto», cit., p. 1028 ss.; ID., *Scritti di diritto commerciale e fallimentare*, Padova, 1997, vol. II, p. 1307 ss.; RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, cit., p. 659 ss.

⁷⁹ Cfr. D'AMBROSIO, «Art. 1548 – Nozione», en VALENTINO (coord.), *Dei singoli contratti*, cit., 2011, vol. I, t. II, p. 15. Esto supone la inadmisibilidad tanto de los pactos que imponen a la parte reportante la obligación de restituir los mismos títulos entregados por la reportada, como de aquellos que limitan el derecho de disposición de los títulos a la reportante, ya que los títulos son transferidos en propiedad.

⁸⁰ Las instituciones bancarias y financieras usualmente utilizan este mecanismo para obtener liquidez de los Bancos Centrales de los países en los que operan, y lo hacen con bonos de deuda pública nacional. El Banco Central, actuando como reportante, se obliga a transferir

si el precio es mayor al pagado inicialmente, se denomina «riporto»; pero si el precio es menor, en cambio, se le califica como «deporto»⁸¹.

Con tales características, pues, el contrato de reporte no puede acoger ni explicar la estructura natural y funcional del *lease back*, que fue pensado para operar de manera distinta en el mercado del financiamiento de la empresa, utilizando sus propios activos para obtener liquidez, pero sin perder su posición y utilización en su actividad empresarial. En el reporte se utilizan valores mobiliarios, en el *lease back* se utilizan bienes de capital; en el primero se obtiene liquidez en el mercado de valores, en el segundo se obtiene liquidez de empresas especializadas en *leasing*, que adquieren los bienes para luego entregarlos en *leasing* a la misma empresa que se los vendió. Si pensamos en alguna identificación entre el *lease back* de acciones y el reporte, ésta caería pronto, además del lado estructural y funcional, por el lado operativo de ambos: el *lease back* opera en el mercado de intermediación financiera, pues son las empresas de *leasing*, autorizadas por la SBS, las que otorgan el financiamiento; el reporte, en tanto, opera en el mercado de valores, y aquí las empresas autorizadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) son las que adquieren los valores por indicación de sus clientes; es decir, no adquieren los valores para ellas, sino para las empresas que representan y a las que prestan sus servicios, que son las reales adquirentes y, por ende, las financiadoras.

Las cosas así, y sin realizar mayor tratamiento de dichas propuestas, nacidas en países que carecen de legislación sobre este contrato, creemos que el *lease back* es un instituto negocial que goza de todas las características del *leasing*; es decir, es un contrato complejo, unitario y con causa única. Por ende, no es reconducible a ningún contrato típico o atípico conocido en el sistema del *civil law*⁸².

a la institución bancaria o financiera reportada, en un plazo pactado, la propiedad de otros tantos valores de la misma especie, contra el pago del precio pagado más un premio por la operación.

⁸¹ Cfr. GALGANO, *Trattato*, cit., p. 775; GIULIANI, «L'inadempimento nel riporto di borsa (lineamenti tipici)», en *Contratto e impresa*, 2002, n. 2, p. 667.

⁸² Por esta tesis se inclina la mayor parte de la doctrina: AVAGLIANO, «Il contratto di *leasing*», cit., p. 597; DE NICTOLIS, «Divieto del patto commissorio», cit., p. 557; DE NOVA, *Nuovi*

Ahora, 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 extranjera, no dudan que el contrato de *lease back* tenga una típica causa de financiamiento, aún más acentuada y evidente que la del propio *leasing*⁸³. Ahora, desde el punto de vista económico, este contrato 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 el derecho de readquirir el bien al final del plazo contractual inicial.

Respecto al segundo tema, un sector ha sostenido que el *lease back* constituye una deformación del *leasing*, ya que desnaturaliza el fin financiero que reviste este contrato como contribución al equipamiento empresarial, 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 bienes⁸⁴;

contratti, cit., p. 234; GITTI, «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, *sale and lease back*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, n. 2, p. 487; PURCARO, «I problemi di struttura del *leasing*», en *Rivista italiana del leasing*, 1997, n. 2, p. 545; RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto*, cit., p. 1309. El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 17 de marzo de 1998, ha considerado que el *lease-back* no puede ser considerado préstamo ni venta con pacto de retro. Cfr. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, «Contrato de arrendamiento financiero», cit., p. 1287; LLORENTE SAN SEGUNDO, «El contrato de *sale and lease back*», cit., p. 1415.

⁸³ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 35; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 259; BONTEMPI, «Divieto di patto commissorio e *lease back*», en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, n. 5, p. 909; CALICE, «*Sale and lease back*», cit., p. 1016; DE NICOTOLIS, «Divieto del patto commissorio», cit., p. 555; LLORENTE SAN SEGUNDO, «El contrato de *sale and lease back*», cit., p. 1416; MONJE, «Algunas consideraciones en torno al *lease back*», cit., p. 1401; PURCARO, «I problemi di struttura», cit., p. 543; ROCCO, «Contratto di *sale and lease back*», cit., p. 161.

⁸⁴ En este sentido, LINARES BRETÓN, «El contrato de locación financiera (*leasing*)», en *Revista Felaban*, 1978, n. 31, p. 36; HIGHTON, «El *leasing* en el *common law* y traslación de la noción al derecho argentino», en *Revista de derecho privado y comunitario*, 1994, n. 3, p. 270; KEMELMAJER, «Una aproximación al contrato», cit., p. 471. BARREIRA escribe que el *lease back* no es ni más ni menos que un matiz específico del *leasing*, por lo que su prestación

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.

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, aquel 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, ya que las empresas están acostumbradas a obtener financiamiento en el mercado crediticio constituyendo ya sea prenda sin desplazamiento o hipoteca sobre sus bienes de activo fijo⁸⁵. Por ello, creemos que el *lease back* merece mejor fortuna en la *business community*, pues es una genuina operación de movilización de capitales inmovilizados; es decir, una técnica financiera que le permite a la empresa usuaria obtener capital, mantener el uso y la facultad de readquirir el bien al final del plazo contractual.

6.- EL LEASE BACK COMO SUBTIPO DE LEASING

La mejor doctrina se refiere a modalidades o subtipos de *leasing*, antes que a tipos. El *leasing* constituye un solo tipo contractual, el *leasing* simple y llanamente, con varios subtipos, uno de ellos, sino el más importante, es el *lease back*. Ahora, 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,

encuadra perfectamente en las disposiciones de la Ley 21526 como una de las operaciones financieras que pueden realizar los bancos comerciales y de inversión y las empresas financieras («Categorización jurídica», cit., p. 553).

⁸⁵ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 36; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 260.

para ser entregado en *leasing*⁸⁶. El objeto social de estas empresas, como indicamos, es realizar operaciones de *leasing*, no comprar para vender bienes simplemente, sino comprar para entregarlos en *leasing*. La autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros es para estas operaciones financieras. Ahora, si la empresa de *leasing* no adquiriera con este propósito los bienes, estaría dedicándose a otra actividad no propia de su objeto social.

En esta línea, la Corte de Casación italiana ha establecido, con sentencia de 21 de julio de 2004, que la venta, en el contrato de *lease back*, se hace con el objeto de una operación de *leasing* y no en garantía, toda vez que, en la configuración típica de la relación jurídica, constituye solo el presupuesto necesario del arrendamiento financiero, insertándose en la operación económica según la función específica de ésta, que es procurar al empresario, en el cuadro de un determinado diseño económico de potenciamiento de los factores productivos, liquidez inmediata mediante la transferencia de un bien instrumental, pero conservando el uso con el derecho de readquirir la propiedad al final de la relación contractual⁸⁷.

En efecto, el *lease back* es un real contrato de *leasing*, ya que comparte con él no solo la disciplina y la función, sino también, aunque en parte, la estructura contractual, toda vez que el bien es adquirido por la empresa de *leasing* no de un tercero, sino directamente de la usuaria⁸⁸. Si buscamos algunas diferencias

⁸⁶ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 213; Id., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 260; BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 297; CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 389; FANAN, *«Lease back»*, cit., p. 786.

⁸⁷ Cfr. Cassazione civile, Sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580; citada por CALICE, *«Sale and lease back»*, cit., p. 1012 ss. Esta sentencia deja fuera de lugar a aquel sector doctrinal y jurisprudencial que considera que el *lease back* es un «auténtico préstamo con cesión de la propiedad en garantía fiduciaria». Para el derecho español, v. VARA DE PAZ, *«Naturaleza y régimen jurídico del contrato de leasing»*, cit., p. 194; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *«Contrato de arrendamiento financiero»*, cit., p. 1287.

⁸⁸ Cfr. GALGANO, *«Il leasing»*, cit., p. 506; Id., *Trattato*, cit., p. 722; GITTI, *«Divieto del patto commissorio»*, cit., p. 485. El *lease back* está constituido por un contrato de compraventa, que es tal, y por un *leasing*, que, igualmente, es tal, concluye DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 234. En términos similares, BUSSANI, *«Il contratto di lease back»*, cit., p. 558; RIVA, *«Il contratto di sale and lease back»*, cit., p. 301; SCHERMI, *«Leasing finanziario, lease back e patto commissorio»*, en *Giustizia civile*, 1996, n. 6, p. 1744.

entre ellos, éstas pueden ser particularmente 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 tercero⁸⁹. En este contrato, entonces, se divisa una situación muy particular: tanto la empresa de *leasing* como la usuaria firman dos contratos cada uno, a diferencia de un *leasing* ordinario, que solo la empresa concedente es la que firma dos contratos: el de *leasing* y del de compraventa. Por ende, en un contrato de *leasing* hay una real participación de tres empresas; en un *lease back*, en tanto, solo hay una virtual participación de aquellas tres.

7.- LICITUD DEL LEASE BACK

Una zona de desencuentro entre la doctrina primero y la jurisprudencia después ha sido, precisamente, aquella de la licitud y, por ende, validez de este contrato. Para un sector, la activación de una operación de *lease back* esconde un intento elusivo de la prohibición del pacto comisorio, que el art. 2744 C.c.it., expresamente, sanciona con nulidad⁹⁰; para otro, en tanto, utilizando

⁸⁹ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 209; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 261. 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, BUSSANI, «Locazione finanziaria», cit., p. 608; DE NOVA, «Appunti sul *lease back*», cit., p. 307; CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 389; ID., «Contratti di *leasing*», en GABRIELLI - LENER (coords.), *I contratti del mercato finanziario*, cit., t. I, p. 370.

⁹⁰ 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; ID., «La locazione finanziaria», en RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, vol. 11, t. III, p. 7). En otro lugar, este autor señala que el contrato de *lease back* es válido solo si prevé un «pacto marciano», en virtud del cual el acreedor se obliga a entregar al deudor la diferencia entre el importe de la deuda y el precio del bien vendido [FERRARINI - BARUCCO, «La locazione finanziaria», en RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, vol. XI, t. 3, p. 24]. En cuanto al pacto marciano, v. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 302.

mejores argumentos jurídicos, el *lease back* es un contrato válido⁹¹, que permite crear disponibilidad monetaria en breve tiempo con la ventaja de continuar utilizando los bienes, ya no como propietario, sino como usuario.

La jurisprudencia de mérito, hasta antes que la Corte di Cassazione interviniera con la sentencia n. 10805, de 1995, y haciéndose eco de la discusión doctrinaria de entonces, mostró ciertas oscilaciones, dividiéndose también en dos posiciones: una, en la que van comprendidas las decisiones que reconocen derecho de ciudadanía al *lease back*, aun no excluyendo que, en presencia de determinados elementos de hecho, las partes puedan haber querido perseguir un fin fraudulento, como aquel señalado en el art. 2744 C.c.it.⁹²; y la otra, en la

⁹¹ Defienden esta tesis, entre otros, BUONOCORE, «Il contratto di *leasing*», cit., p. 1455 ss.; Id., *La locazione finanziaria*, cit., p. 295 ss.; BIANCA, «Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione», en *Rivista di diritto civile*, 1987, n. 1, p. 121 ss.; BUSSANI, «Il contratto di *lease back*», cit., p. 558 ss.; CLARIZIA, «*Lease back* e operazioni inesistenti», en *Rivista italiana del leasing*, 1989, n. 2, p. 521 ss.; DE NOVA, «Appunti sul *sale and lease back*», cit., p. 307 ss.; Id., *Nuovi contratti*, cit., p. 234 ss.; DE NICTOLIS, «Divieto del patto commissorio», cit., p. 560 ss.; GIRINO, *Dizionario di finanza*, cit., p. 402; LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 422 ss.; Id., «Il *leasing* finanziario», : struttura dell'operazione e caratteri del contratto», en BUONOCORE (coord.), *Manuale*, cit., p. 665; MUNARI, «Validità e nullità del *sale and lease back*», cit., p. 172 ss.; Id., «*Leasing*», cit., p. 695; PERLINGIERI – VALENTINO, «*Leasing*», en PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 513; PURCARO, «Sulla liceità del *sale and lease back*», cit., p. 587 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto*, cit., p. 1308 ss.; RIVA, «Il contratto di *sale and lease back*», cit., p. 315; ROCCO, «Contratto di *sale and lease back*», cit., p. 161. En latinoamerica, v. MOLINA SANDOVAL, «Régimen jurídico del *sale and lease back*», cit., p. 164 ss.

⁹² En esta línea, el Tribunale di Roma, sentencia de 22 marzo 1979, según la cual «en el caso en el que el futuro usuario transfiera la propiedad del inmueble y éste se lo conceda en *leasing – lease back* – no se tiene compraventa disimulando y mutuo con pacto comisorio, que el art. 2744 C.c. sanciona la nulidad, hipótesis que ocurre cuando la transferencia de la propiedad sucede a continuación de la falta de pago del crédito en el plazo establecido»; el Tribunale di Milano, sentencia de 3 mayo 1983, que, con mayor claridad, ha excluido la nulidad del *lease back*, por aplicación del art. 2744 C.c., desde el momento que el pasaje de la propiedad sucede al momento de la compraventa, mientras que en el caso del pacto comisorio este pasaje es diferido al momento a la falta de pago del crédito en el término fijado; el Tribunale di Milano, sentencia de 13 junio 1985; el Tribunale di Bologna, sentencia de 23 junio 1986; el Tribunale di Pavia, sentencia de 1 abril 1988; el Tribunale di Palermo, sentencia de 20 enero 1990; el Tribunale di Napoli, sentencia de 11 diciembre 1991, etc. Al respecto, v. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 293 ss.; DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 510 ss.; GALGANO, «Il *leasing*», cit., p. 506.

que van comprendidas las decisiones que optan por la nulidad, considerando que, a través de este contrato, las partes ponen en ejecución, realmente, un mutuo asistido con un pacto comisorio, en grave violación del art. 2744 C.c.it. Este sector decreta la invalidez del *lease back* por fraude a la ley⁹³.

La indicada oscilación de los tribunales de mérito termina con la intervención de la Corte di Cassazione, ya que, en su sentencia n. 10805, de 16 de octubre de 1995, coloca el punto de sutura al debate, define el contrato de *lease back*, admite en principio la validez de la operación y señala los criterios en base a los cuales la operación misma debe ser juzgada ilícita; o, si que quiere, subraya los elementos de hecho en presencia de los cuales puede nacer la sospecha que se ha transgredido la prohibición del pacto comisorio. Esta casación ha terminado por perfilar la base jurídica del *lease back*, de allí que sea hoy la referencia obligada en la zona argumentativa de las casaciones civiles y tributarias⁹⁴.

El Tribunal Supremo español sigue dicha postura tanto en su sentencia de 16 de mayo de 2000 como en aquella de 2 de febrero de 2006. Esta última, en el fundamento quinto, señala que «en general, se ha considerado que la

⁹³ Así, Tribunale di Milano, sentencia de 9 junio 1986, que ha considerado que «nel contratto di *sale and lease back*, la natura finanziaria del contratto di *leasing* e 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»; Tribunale di Verona, sentencia de 15 diciembre 1988; y Tribunale di Genova, sentencia de 30 enero 1992, que 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 comisorio y, como tal, nulo a tenor de los arts. 1344 y 2744 C.c.it. Sobre esta sentencia, v. 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*, 1993, t. XX, p. 430.

⁹⁴ Entre las primeras, cabe citar a la de 19 julio 1997, n. 6663; de 14 abril 1998, n. 3759; de 22 abril 1998, n. 4095; de 7 mayo 1998, n. 4612; de 1 agosto 2002, n. 11419; de 27 julio 2006, n. 17145; de 12 enero 2009, n. 437; y de 5 marzo 2010, n. 5426. Entre las segundas, recordar a la de 15 octubre 2001, n. 12549, y de 8 marzo 2011, n. 5583. Cfr. GIULIANI, e la detraibilità dell'iva in capo al sublocatore di ritorno», en *Diritto e pratica tributaria*, 2002, n. 4, p. 755 ss.

interpretación del contrato puede conducir a entender que el *lease back*, aun faltándole el requisito de la intervención de un tercero como propietario del bien suministrado por el arrendatario financiero, mantiene las características y la finalidad económica-social propia del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, con su peculiar estructura causal y su autonomía contractual frente al préstamo puro, en el caso de que se mantengan los rasgos teleológicos fundamentales que caracterizan a esta figura, para lo cual es menester tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de *leasing* o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la titularidad de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con las consiguientes consecuencias en relación con la falta de legitimidad del arrendador para formular tercería de dominio, con la posible aplicación de la LRU o con la vulneración de la prohibición del pacto comisorio»⁹⁵.

Respecto a dichas posturas, valen algunos apuntes. Poco convincentes resultaron los argumentos de aquella doctrina y jurisprudencia que restaron validez

⁹⁵ Esta sentencia sigue a la casación italiana citada hasta en los elementos que deben concurrir para calificar como *lease back*, a saber: 1) La naturaleza del arrendador financiero, como empresa dedicada a la estipulación de este tipo de contratos; 2) La naturaleza de la empresa usuaria, como persona natural o jurídica dedicada a la actividad comercial; 3) La naturaleza y características del bien objeto del contrato, en cuanto apto instrumentalmente para actividades agrícolas, industriales, profesionales o de servicios; 4) La existencia de una compraventa previa ligada al *leasing* como presupuesto necesario que comporte una efectiva transferencia de la propiedad en favor del arrendador financiero; 5) Las circunstancias del contrato reveladoras de la voluntad de las partes de procurar a la usuaria la continuación en el uso del bien o bienes objeto del contrato; 6) Existencia de una razonable duración del precontrato en atención a la finalidad; 7) Equilibrio entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el *leasing* como valor del bien objeto del mismo, y la sustancial equivalencia de las sumas establecidas con el valor real del bien; 8) El equilibrio de las prestaciones en función de la amortización del bien y de la carga financiera; 9) El reconocimiento de una opción de compra a favor de la usuaria, susceptible de ser ejercitada al término del contrato, por un precio residual. Cfr. LLORENTE SAN SEGUNDO, «El contrato de *sale and lease back*», cit., p. 1420 ss.; PARRA LUCÁN, «*Lease-back* inmobiliario», cit., p. 6. Recordar que la casación de 1995 ha sido mejorada, en cuanto al detalle de los elementos configurantes del *lease back*, por aquella de 21 julio 2004, n. 13580. Cfr. CALICE, «*Sale and lease back*», cit., p. 1021.

al *lease back* por violación del pacto comisorio, toda vez que en este contrato, a diferencia de cuanto sucede con el pacto comisorio⁹⁶, no hay un crédito preexistente que garantizar entre la empresa vendedora-usuaria y la compradora-concedente⁹⁷. 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*. La compraventa, en efecto, no viene celebrada con fines de garantía, sino con fines de *leasing*⁹⁸; esto se puede corroborar, fácilmente, 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.

⁹⁶ La prohibición del pacto comisorio, prevista en el código civil específicamente para los casos de prenda, hipoteca y anticresis (art. 2744 y 1963 C.c.it.; art. 1111 C.c.pe.) ha sido extendida en vía interpretativa a todas las hipótesis de garantía en las cuales se representa una situación análoga a aquella legislativamente prevista. Por eso el problema también ha alcanzado a la compraventa con pacto de readquisición y al *lease back*, reclamando la aplicación de la tendencia jurisprudencia sobre este punto, que reza: «el contrato de compraventa con pacto de rescate es nulo si resulta haber sido estipulado con la común intención de garantizar una deuda preexistente del adquirente; es decir, cuando resulta concretamente la existencia de un fin de garantía en la base de la transferencia». Cfr. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 387; DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 234. Respecto al pacto comisorio, v. BIANCA, «Patto commissorio», en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965, vol. XII, p. 711 ss.; CARNEVALI, «Patto commissorio», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982, vol. XXXII, p. 499 ss.

⁹⁷ 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). Opinión atendible, pero no compartible, ya que el pacto comisorio ingresa, precisamente, en un contrato de garantía; si no tenemos nada que garantizar nada motiva celebrar un contrato para tal fin. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 265.

⁹⁸ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 38; ID., «El *leasing* y su configuración jurídica», cit., p. 764; CALICE, «*Sale and lease back*», cit., p. 1019; DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 69; MAFFEIS, «Analisi in astratto e in concreto della validità del *lease back*», en *I contratti*, 1994, n. 4, p. 440; MONTICELLI, «*Leasing*», cit., p. 137; ROCCO, «Contratto di *sale and lease back*», cit., p. 161. 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).

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 retroventa⁹⁹. A lo dicho agregamos que la adquisición de la propiedad del bien, por parte de la empresa de *leasing*, en un contrato de *lease back*, representa simplemente 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 rápida y eficientemente una necesidad de liquidez temporal de las empresas¹⁰⁰.

8.- EL LEASE BACK EN LA CONVENCIÓN SOBRE LEASING INTERNACIONAL

Siguiendo la tendencia de facilitar la operatividad y fluidez de los contratos internacionales a través de la redacción de instrumentos sustantivos con vocación de aplicación universal, el Instituto para la unificación del derecho privado, Unidroit, se propuso la elaboración, inicialmente, de un conjunto de reglas uniformes sobre el contrato de *leasing* internacional, decidiendo luego el Consejo de Dirección la elaboración de un proyecto de convención sobre

⁹⁹ Cfr. DE NOVA, «Appunti sul *sale and lease back*», cit., p. 307 ss.; ID., *Nuovi contratti*, cit., p. 235 ss.; BONTEMPI, «Divieto di patto commissorio», cit., p. 910; BRANCA, «Il *sale and lease back* si fa largo nel nostro ordinamento», en *Notariato*, 2004, n. 5, p. 497; GITTI, «Divieto del patto commissorio», cit., p. 485 ss.; MUNARI, «Validità e nullità del *sale and lease back*», cit., p. 177.

¹⁰⁰ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 38; ID., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 266; BUSSANI, «Locazione finanziaria», cit., p. 610; DE NICTOLIS, «Divieto del patto commissorio», cit., p. 556; FELIÚ REY, «Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease back*», cit., p. 430; GITTI, «Divieto del patto commissorio», cit., p. 487; PURCARO, «Sulla liceità del *sale and lease back*», cit., p. 588; RIVA, «Il contratto di *sale and lease back*», cit., p. 315; GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing*, cit., p. 149. VIDAL BLANCO recuerda que con el *lease back* no se busca ampliar la producción directa o indirectamente con nuevos equipos, sino de reparar los fallos financieros de programas anteriores que no han resultado como se había planificado (*El leasing*, cit., p. 88).

dicho contrato, el que fue presentado finalmente en 1987 y aprobado el 28 de mayo de 1988 en la Conferencia Diplomática de Ottawa, convocada por el gobierno de Canadá, bajo el nombre de Convención sobre *leasing* internacional.

Esta Convención, vigente desde el 1 de mayo de 1995 y gobernadora actualmente de las operaciones de *leasing* internacional de 10 países, centra su labor regulatoria en el *leasing* mobiliario internacional; es decir, en aquel contrato que tiene por objeto única y exclusivamente bienes de capital o de equipo¹⁰¹, quedando relegados el *leasing* inmobiliario¹⁰², el *leasing* operativo y, particularmente, el *lease back*, en el entendido que estos últimos no cumplen con el requisito de trilogía contractual; esto es, con la concurrencia de una empresa de *leasing*, una usuaria y una proveedora o fabricante¹⁰³.

Realmente, una de las más graves omisiones que presenta la Convención es haber dejado fuera al *lease back*, toda vez que éste es un auténtico contrato de *leasing* o, mejor todavía, es uno de los mejores ejemplos de ingeniosidad y sofisticación financiera del *leasing*. Esta omisión, sin embargo, para nada afecta o impide que se estipulen contratos de *lease back*, pues éstos, al ser subtipos del *leasing*, tienen visa indefinida para ingresar y operar tanto en el mercado nacional como el internacional.

¹⁰¹ Cfr. UNIDROIT, «Explanatory report on the draft convention», cit., p. 41 ss. La regulación parcial del contrato de *leasing* internacional y las decisiones de política legislativa seguidas por el Convenio son generalmente consecuentes con la pretensión legislativa de estimular estas operaciones en el tráfico del comercio internacional. No obstante, algunas de las decisiones del Convenio son discutibles en atención a la pretendida finalidad de mantener un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes implicadas en la operación, tal y como se formula en el párrafo primero del preámbulo del Convenio, explica FLORES DOÑA, «Contrato de *leasing* internacional en el tratado Unidroit», en *Cuadernos de derecho y comercio*, Madrid, 2001, n. 36, p. 117. Sobre esta convención, v. FRIGNANI – TORSSELLO, *Il contratto internazionale*, cit., p. 897 ss.; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 329 ss.; SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contratos para la financiación*, cit., p. 209 ss.; SIMONE, «Il *leasing* internazionale», en PATRONI GRIFFI (coord.), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Milano, 2012, p. 268 ss.; TORSSELLO, «La disciplina uniforme del *leasing* finanziario internazionale», en BERLINGUER (coord.), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007, p. 187 ss.

¹⁰² La exclusión de este contrato se ha debido, entre otras razones, a la poca trascendencia de estas operaciones en el tráfico comercial internacional y a las dificultades de técnica legislativa que conlleva la unificación de los principios nacionales válidos para los bienes muebles e inmuebles. Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 400.

¹⁰³ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 212; Id., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 334.

9.- NOTA CONCLUSIVA

Como *cenit* de este breve recorrido, debemos decir 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 art. 27 L.a.f., 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 un financiamiento inmediato para seguir en el mercado, de manera eficiente y competitiva, con sus productos o servicios¹⁰⁴.

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 (mutuo) con garantía hipotecaria, pues obtiene mayores beneficios con los cánones que cobra que con los intereses obtenidos del indicado préstamo. 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 con dicha garantía. La empresa vendedora-usuaria, por su parte, además de obtener liquidez con la venta del inmueble y de seguir en posesión del bien, con la posibilidad de adquirirlo nuevamente, previo pago del valor residual establecido, puede deducir de la base imponible el monto total de los cánones que paga, mientras que si hubiera financiado su inversión con un préstamo con garantía hipotecaria solo hubiera podido deducir lo que paga en concepto de intereses de dicho préstamo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Del conjunto de ventajas que se le asignan al *lease back*, 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; COSTAS RODAL, «*Leasing*», cit., p. 2616; OLIVERA, *El leasing. Análisis de su régimen jurídico*, Montevideo, p. 48; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes*, cit., p. 41; VILLEGAS, *Operaciones bancarias*, cit., p. 110.

¹⁰⁵ 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*, 1986, n. 888, p. 956.

Las ventajas que brinda el contrato de *lease back* 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 procedimientos concursales de Indecopi o por alguna Comisión desconcentrada (art. 3 L.c.pe.); pues, si la Junta de Acreedores, en ejercicio de sus atribuciones que le confiere la Ley del sistema concursal (art. 51.1 L.c.pe.), 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 empresa, presentado bien por la propia empresa o por una empresa especializada inscrita en Indecopi¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La insolvencia de las empresas está regulada en el Perú por la Ley General del Sistema Concursal (L.c.pe.), Ley n. 27809, publicada el 5 de agosto del 2002, modificada por el Dec. leg. n. 1050, publicado el 28 de junio de 2008. La citada ley dedica los artículos 66 y 67 al contenido y aprobación del Plan de reestructuración de una empresa viable. Recordar, en este lugar, que la doctrina nacional y extranjera poco ha reparado en la naturaleza de la relación negocial nacida de la propuesta y aceptación del Plan de reestructuración, la que no es otra que contractual. Mejor todavía, la propuesta del plan y la aceptación de la misma pone en escena un nuevo tipo contractual: el contrato de crisis de empresa, pensado para ayudar a solucionar, de forma privada, las crisis económicas y financieras de las empresas.