

ASPECTOS DEL CONTRATO DE LEASING FRENTE AL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS O EVENTUAL QUIEBRA

Por Juan Pablo Ingolotti

Sumario

I. Pórtico – II. Concepto y reseña histórica – III. Generalidades sobre el contrato de leasing– IV. El leasing en el concurso preventivo del dador y tomador – V. El leasing en la quiebra del dador y tomador – VI. Derecho a la restitución del bien? – VII. Rescisión vs. Continuidad de la empresa – VIII. Colofón –

I. PÓRTICO

En el presente trabajo se va a realizar un breve análisis del contrato de leasing en nuestro país, ya sea desde el punto de vista parlamentario como social; luego se va a profundizar el estudio en los supuestos en que el dador o el tomador se encuentren en estado de cesación de pagos.

Por último se analizará si existe o no derecho a la restitución del bien dado en leasing frente a la situación de crisis patrimonial y la posibilidad de continuación de la empresa.

Resulta de suma importancia demostrar que uno de los fines del leasing es dar la posibilidad a que las empresas tomadoras no estén obligadas a incorporar a título de dominio maquinarias que posiblemente año tras año queden obsoletas por los avances tecnológicos. Así el leasing proporciona la mera opción adquirirlo en forma definitiva o, finalizado el contrato, haber sido un arrendamiento.

II. CONCEPTO

En primer lugar cabe hacer referencia al concepto dado por la real academia española al *leasing*:

Leasing: (voz inglesa) 1. Arrendamiento con opción de compra del objeto arrendado¹.

De la simple definición proporcionada surge que el leasing tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, mas bien, en el derecho Estadounidense, por lo tanto debemos remontarnos a lo establecido en aquel.

La término leasing deriva del verbo inglés “ to lease”, que significa arrendar o dar en arriendo, y del sustantivo "lease" que se traduce como arriendo, escritura de arriendo o locación. En nuestro país se lo conoció en sus orígenes "alquiler con opción de compra" y su introducción en nuestro país tuvo lugar como consecuencia de la expansión de las empresas norteamericanas².

Ahora bien, vamos a hacer una pequeña reseña histórica y jurisprudencial del contrato objeto de análisis.

La figura del leasing no es contemporánea sino que debemos remontarnos la antigua Grecia (Siglo V A.C.) se practicaban contratos de leasing o arrendamiento de esclavos, barcos, etc. con el fin de trabajar en las minas. Del mismo modo, en la edad media como en la época feudal se utilizaban figuras no fieles a la locación y con un tinte mas bien del leasing adoptado hoy.

Ya en el s. XIX, es donde se consagró el contrato de leasing en Inglaterra y en Estado Unidos como forma por excelencia para el crecimiento de la red de ferrocarril³.

No podemos dejar de mencionar el emblemático caso “Compañía Singer c. Chacra”⁴ ya que fue el primer antecedente jurisprudencial en la argentina sobre el contrato de leasing. En dicho caso la empresa Singer Sewing Machine Company se presentó, como acreedor, en el concurso civil de Chacra reclamando la entrega de dos maquinas de coser que habían sido otorgadas en carácter locativo pero con una clausula de opción de compra.

¹ *Diccionario de la Real Academia Española* – Ed 2008 – www.rae.es.

² CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., "El contrato de leasing (ley 25.248 del 10 de junio de 2000)", JA 2001-I-1003.

³ "Los autores coinciden en que el contrato de leasing, con las características con las que se perfila ahora, tiene su origen en los Estados Unidos, en donde las empresas fabricantes de bienes para el transporte (ferrocarriles, barcos, aeronaves) vieron una ingeniosa forma de comercializar sus productos. De allí se traslada a Europa, donde se comienza a utilizar en Gran Bretaña. Entre las sociedades dedicadas a esas operaciones se han destacado La Mercantile Leasing Company y la Equipment Leasing Company..." (ACQUARONE, María T. y EMBON, Leonardo G., "El leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial", 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2004, p. 47).

⁴ JA, 32-373.

Atento a lo solicitado por la compañía Singer los restantes acreedores reaccionaron por considerar que dichos contratos atípicos habrían sido ventas simuladas y que el pago era de cuotas mensuales sin que modifique el carácter de compraventa.

El criterio de los acreedores fue acogido por el juez de primera instancia y luego confirmado por Cámara, aunque es significativo el voto en disidencia del Dr. Casares porque apreció que se encontraba ante una nueva forma contractual. A su vez en el fallo analizado dijo “que la nueva forma contractual ponía "al alcance de una parte de la sociedad... los objetos que les fuesen necesarios y, la mayor parte de las veces, la manera de conseguir substituir o mejorar sus elementos de trabajo, y al mismo tiempo permiten al comerciante entregar esos efectos sin exponerse a los riesgos que supone todo adquirente sin responsabilidad...", realizando así "una función económica benéfica que, en mi sentir, merece ser fomentada, prestándoles el amparo de la ley, organismo flexible dentro de los grandes lineamientos de sus diversas instituciones, que los tribunales de justicia deben adaptar a las nuevas exigencias y a las nuevas orientaciones de la actividad individual".

No solo en el fuero Nacional de la Capital Federal ha habido jurisprudencia relativa al leasing, se puede ver en el fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires "Compañía Financiera de Concesionarias 'Ford', Finanfor, S.A. c. Bernardi y Staiger" (27/09/80)⁵ que demostró que el leasing no es una creación pretoriana sino que nació de la “existencia de operaciones comerciales oficiales y privadas concertadas por ese sistema formuló expresas referencias a las previsiones que sobre el instituto contenían el Decreto-ley 13.130/57 de creación del Banco de Crédito Industrial, las Leyes 19.063 y 21.526 y el Código Aeronáutico (Adla, XXXI-B, 1289; XXXVII-A, 121), y destacó que "Las ventajas de estas operaciones son múltiples y cada día aumenta el movimiento en este sentido".

Otro fallo a tener en cuenta es "Proquide S.A. c. La Agrícola S.A." (25/04/80)⁶ por el cual la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estableció que la figura del leasing “no resulta estrictamente asimilable a la venta-locación, cuadra, en la especie, atenuar el rigor de una interpretación que sólo tendría perfeccionado el contrato con la opción de compra del usuario al término del mismo máxime cuando en la especie, a diferencia de lo que sucede en el 'leasing'... el consentimiento para adquirir el bien ya estaba prestado desde la aceptación por el usuario de las condiciones generales predisuestas por la fallida".

⁵ ED, 92-337.

⁶ LA LEY, 1980-C, 235.

Asimismo en la causa "Construcciones Lama SA c. Cía. Financiera de Concesionarios Ford-Finanfor S.A." ⁷(CNCom., 28/07/81) el doctor Juan C. F. Morandi juzgó que "la denominación de leasing, especialmente en el mercado financiero y particularmente en el de la venta de automotores, se aplica para designar distintas operaciones que van desde el 'alquiler puro y simple' hasta las modalidades más avanzadas en las que aquél se presenta como un alquiler con opción de compra o con la facultad de realquilar el vehículo bajo nuevas condiciones, o con otras variantes más sofisticadas".

Dicho voto excluyó la posibilidad de encuadrar al contrato en examen como compraventa y como locación por tratarse de un acuerdo "atípico... bilateral, a título oneroso", trajo a colación que los contratos de leasing "atento su carácter masivo han dado lugar a legislaciones específicas en otros países (v.gr., Francia, Bélgica, etc.) todas tendientes a regular las relaciones entre las partes", y también que en la República Argentina diversos autores habían propugnado el tratamiento legislativo de dicha figura, que solía incluir "cláusulas severas para el usuario"⁸.

A su vez, cabe considerar el fallo "Trafe S.A. s/ Quiebra"⁹ por el cual la cuestión principal era la solicitud de devolución de una aeronave adquirida por Charlotte Aircraft Co. a la Boeing Company por boleto datado 23/01/74, y arrendada a Trafe S.A. en fecha 02/05/75, con opción de compra a ejercerse 90 días antes de la finalización del alquiler. En este caso el juez *a quo* entendió que se trataba de una 'locación-venta, modalidad contractual de origen anglosajón, que otorga al enajenante garantías sólidas para asegurar la percepción del saldo del precio', y se propició la recíproca restitución de las prestaciones; la incidentista Charlotte Aircraft Co. se agravió por entender que las sumas percibidas en concepto de arrendamientos no son susceptibles de devolución.

La Cámara Nacional Comercial Sala D comprendió el contrato dentro de la locación antes que compraventa, ya que formó opinión por el cual el contrato de leasing es "un "acto jurídico complejo integrado por dos contratos típicos, compraventa y locación, que se ejecutan en forma complementaria", y destacó que "desde que la 'elección', 'entrega' y 'recibo' de los equipos adquiridos son hechos que están a cargo de la empresa locataria y del proveedor o fabricante vendedor, mientras que el 'pago del precio es la única obligación emergente a aquel contrato de

⁷ ED, 102-681.

⁸ Casanova de Cabriza, Alicia Nora, "Los aportes del International Institute for The Unification of Private Law (Unidroit) al desarrollo del Leasing Financiero Internacional" - Publicado en LA LEY on line 20/8/2006.

⁹ LA LEY, 1982-C, 61.

compraventa que es cumplida por la entidad financiera'... tales estipulaciones forman parte del contrato de leasing caracterizándolo nítidamente", sin perjuicio de su atipicidad.

La misma Sala D en la causa "Roberto Di Pietro SA"¹⁰ sostuvo que el contrato de leasing es "el acuerdo innominado, consensual, conmutativo, de tracto sucesivo, que recae sobre bienes de capital, y que tiene por misión esencial transmitir el uso y goce de un bien, y no su propiedad; sin perjuicio de que por regla general otorga una opción al tomador para adquirir el bien por un valor residual predeterminado... constituye un acto jurídico complejo integrado por dos contratos típicos —compraventa y locación— ejecutables en forma complementaria; siendo precisamente elemento característico de este contrato la simultaneidad de ambos actos...".

Un mes más tarde la Sala B dijo que "Los derechos y obligaciones que surgen del contrato de leasing no son configurativos de una de las manifestaciones típicas contractuales denominadas dentro de nuestra ley por lo que se debe concluir que es aplicable a tal contrato el art. 1197 Código Civil..."¹¹

En el caso "IBM Argentina S.A. c. Astilleros Neptuno SCA"¹² la misma Sala, y en especial en el voto del Dr. Juan C.F. Morandi, se profundizó sobre las nociones de contrato "innominado" —"no catalogado según el esquema legislativo positivo, pero 'no también desprovisto' de toda reglamentación dentro del código"— y de contrato "atípico" —que constituye una fórmula "más comprometedora" porque está afectada por la multivocidad propia del término "tipo"—, distinguiera una "tipicidad legislativa" diferente de la "sociológica", y se refiriera a los contratos que sin estar taxativamente incluidos en la ley son admitidos en general por la "conciencia social" como correspondientes a un interés que los hace acreedores de tutela jurídica.

Luego se observaron varios intentos de colocar al leasing como una simulación y uqe en realidad era un mutuo con pacto de retroventa pero la Sala D, con buen criterio, confirmó en "Compañía Financiera de Concesionarios Ford Finanzord S.A. c. Vicente Montañana S.R.L."¹³ que "no se puede hablar de simulación cuando se hace referencia a una forma de contratar que hoy en día está difundida universalmente... en nuestro sistema jurídico positivo la opción de compra no aparece como esencial".

¹⁰ LA LEY, 1983-B, 41. 28/09/1983

¹¹ "Promotora de Finanzas SA Cía. Financiera c. Davesa, Luis y otro" Publicado en ED, 114-646.

¹² ED, 133-573 (31/05/88)

¹³ ED, 133-572.

La Sala C de de la Cámara Nacional en lo Civil también se manifestó al respecto en "Almagro Construcciones SA c. Pérez Matheu, Jorge D."¹⁴ y señaló que se debe atender a la causa y a la función del contrato para descartar "la existencia de un contrato de leasing" y considerar tratarse de una "compraventa ab initio puesto que declaró simulada a la locación de cosa que había sido la designación utilizada en el documento contractual", este punto de vista la doctrina ha calificado como favorable ya que intenta "rescatar en lo posible la aplicación de una categoría concreta, antes de intentar una configuración sui generis de los vínculos jurídicos"¹⁵.

Por último, el leasing legislativamente cobró protagonismo en el decreto-ley 13.130/57 correspondiente a la "Carta Orgánica del Banco Industrial" (luego BA.NA.DE.), cuyo art. 24, inc. j) autorizaba a dicha entidad a comprar maquinarias y otros elementos necesarios a la minería para su venta o arrendamiento, precepto más tarde reproducido en el artículo 43 del Código Aeronáutico (ley 17.285 —Adla, XXVII-A, 326—)

El contrato de leasing es un tipo contractual que se importó ya que en la Argentina tuvo su origen normativo con la Ley de Actividades Financieras 18.061/69 (art. 18 y 19) y posteriormente con la sanción de la ley 21.526 por la que se otorgó la facultad a las entidades financieras de adquirir bienes inmuebles a través del llamado "leasing inmobiliario".

Con la sanción de la Ley 24.441 (B.O. 16/01/95 —Adla, LIII-D, 4135—) el contrato se hace típico bajo la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, que legislaba sobre fideicomiso, el contrato de leasing, los fondos comunes de inversión inmobiliaria y las letras hipotecarias.

En fin, el 10 de Mayo del año 2000 se sanciona la ley 25.248, reglamentada por el decreto 1038/2000, que cambia la regulación del contrato de leasing y acogiendo las elaboraciones doctrinarias formadas en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial en el orden nacional, del Año 1998 y se intenta así impulsar el desarrollo y financiamiento de las PYMES transformándose en una poderosa herramienta para la actualización de tecnología en las empresas.

Así fue como los legisladores dijeron que "con el fin de flexibilizar la figura de modo tal que el leasing sea una respuesta concreta a las necesidades reales existentes en la actualidad, el proyecto habilita a cualquier persona con capacidad suficiente a ser tomador o dador. La norma proyectada ha seguido la experiencia de los Estados Unidos de América, país donde más se ha

¹⁴ LA LEY, 1991-A, 31. (Sala C, 26/06/90)

¹⁵ SALERNO, Marcelo U., Diferencia entre la compraventa y el "leasing" inmobiliario, LA LEY, 1991-A, 30.

desarrollado esta figura, con miras a una utilización generalizada y masiva del leasing como alternativa de financiamiento".¹⁶.

Hoy en día debemos tomar, creo yo, la definición que da la Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Elena I. Highton de Nolsaco, el contrato de leasing es "un contrato atípico de financiación de bienes de capital en que, a cambio de un precio cierto por el uso, que incluye una porción para amortizar su valor de adquisición, con más gastos financieros e intereses, se concede al tomador el uso y goce de una cosa mueble, por un plazo cercano al de su vida útil estimada, incluyéndose generalmente una opción de compra a favor del locatario al final del contrato para aprovechar el resto de vida útil que llegue a tener la cosa, contra el pago de un valor residual, con lo que a la finalización del contrato el tomador no se encuentra obligado a la restitución de la cosa a su dueño, pues puede optar por adquirir su dominio"¹⁷.

En fin, y sin perjuicio de lo antedicho, el contrato de leasing quedó definido en el artículo 1 de la ley 25.248 que reza:

ARTICULO 1° — Concepto. En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

III. GENERALIDADES SOBRE EL CONTRATO DE LEASING

Antes de indagar respecto del leasing en el concurso debemos referirnos brevemente al contrato de leasing en general.

El contrato de leasing es un modo de financiamiento, ya que quien desea un bien puede comprarlo o alquilarlo, pero la compraventa no es la forma más adecuada cuando el bien posee rápida caducidad tecnológica, o cuyo uso sea temporario o de prueba. La figura del leasing permite al acreedor seguir siendo el propietario y prevalerse de esa posición; como así también beneficia al que paga el canon por acceder a bienes de capital con una financiación, en principio, a bajo costo.

La ley 25.248 a diferencia de la ley 24.441 definió al leasing como contrato autónomo pero con aplicación subsidiaria de las normas del contrato de locación y de compraventa. Asimismo

¹⁶ Antecedentes Parlamentarios. Ley 25.248, Leasing, Ed. La Ley, Buenos Aires, Año 2000, N° 6, ps. 1943 a 1946, 1964 a 1973 y 1991 a 2070.

¹⁷ HIGHTON, Elena I., "El leasing en el common law y traslación de la noción al derecho argentino", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 3, Santa Fe, agosto 1993, ps. 257 y 258.

es general dicha regulación en cuanto que abarca tanto el leasing mobiliario como el inmobiliario, operativo y financiero.

Ésta nueva normativa asimismo introduce algunas novedades tendientes a hacer más funcional, práctica y atractiva esta moderna modalidad operativa y financiera.

Si bien el leasing puede realizarse con fines diferentes, ya sea financiero, de garantía, compra o locación, todos tienen los mismos elementos, estos elementos son¹⁸:

Generales:

1. Transferencia onerosa de la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce.

Esto se refiere a que el tomador recibe la tenencia del bien pero siempre reconociendo la propiedad del dador. Es importante destacar que las reglas de la locación se aplican en forma analógica por lo tanto no rigen los plazos mínimos ni máximos. Asimismo el pago del canon resulta ser un elemento diferente de lo que sería el precio en la compraventa.

2. Opción de compra

Este es un elemento esencial, y en caso de que se ejerza la opción se aplicarán por analogía las reglas de la compraventa pero el monto será del valor residual de la cosa, previo descuento de los cánones pagados, pero cuya fijación se encuentra librada a la autonomía de la voluntad. Es por ello que la ley en su art. 4 de la ley 25.248 establece “que debe ser fijado en el contrato o ser determinable según procedimiento o pautas pactadas”

Especiales:

1. Que tenga por objeto cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga facultad de dar en leasing. (art. 2 ley 25.248).

2. Es substancial la modificación que realizó la ley 25.248 que introdujo la posibilidad de que el dador otorgue la cosa no solo si es titular sino que posea la facultad de dar en leasing (art. 5 ley 25.248).

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, ED. Rubinzal Culzoni, Año 2003..

3. Que el tomador tenga la facultad de comprar la cosa locada mediante el pago de un precio fijado en el contrato, a partir de que el tomador haya pagado las tres cuartas partes (3/4) del canon estipulado o antes si así lo convinieran las partes (art. 14 ley 25.248)

A su vez, hay que diferenciar que el leasing mobiliario del inmobiliario en razón de su objeto, ya se trate de un bien mueble o inmueble; y el leasing operativo y el financiero son dos variables del mismo contrato tipo (leasing).

En el operativo, quien fabrica el bien lo da en leasing es decir que el titular el dador son la misma persona, en cambio en el financiero se encuentra un tercer sujeto que puede ser el fabricante, mayorista o distribuidor que es de quien el dador adquiere el bien indicado por el tomador, con la finalidad de dar financiamiento a su cliente. Para Ricardo Lorenzetti “no se celebra un único contrato, ni puede afirmarse que el leasing tenga tres partes, sino que se trata un supuesto de conexidad contractual que autoriza una acción directa” y es por eso que concluye que el leasing operativo y financiero eran dos subtipos del contrato tipo LEASING pero en la ley vigente 25.248 , son modalidades de un mismo contrato, aunque con diferentes caracteres, ya que el primero en un contrato de cambio y el segundo financiero.

Para el maestro Dubois¹⁹ la clave para distinguir éstos últimos no radica en la existencia o no de la opción de compra, ni en la calidad del dador sino que en un criterio estructural, ya que en el leasing operativo el dador es el dueño, propietario o importador, tal como estaba previsto en el art. 24 de la ley 24.441.

A su vez, el contrato será financiero, si en la operación interviene un tercero, proveedor mientras que el dador financia la operación ya se trate de una entidad financiera o sociedad con objeto financiero, como lo preveía la ley 24.441, o no requiera esa condición como resulta de nuevo texto legal.

Así, aunque el uso de la terminología, y aún el concepto mismo pueda ser opinable la distinción entre ambas especies de leasing, en el nuevo texto legal, resulta de la conformación tripartita e sujetos, o sea de la estructura del mecanismo usado, y no de la existencia de la opción , determinante de la existencia del leasing, ni la calidad financiera del dador que no se requiere. Por

¹⁹ FAVIER- DUBOIS, Eduardo M. - “Torno al nuevo régimen del Leasing” – ERREPAR – 10/00.

ello del artículo 1 de la ley 25.248 surge que si no hay opción no hay leasing, ni operativo, ni financiero²⁰.

Por lo expuesto resulta que el leasing mobiliario como el inmobiliario puede ser tanto financiero como operativo.

Caracteres

El leasing es un contrato típico, además es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, formal, de tracto sucesivo, “intuitu personae” y puede ser celebrado por adhesión a condiciones negociales generales. Como así también será de consumo cuando exista una finalidad de consumo.

En Argentina el leasing financiero, cuando se destina para el consumo, configura una de las modalidades comprendidas dentro de las operaciones de crédito destinadas al consumo de bienes, por lo que debe sujetarse a las reglas que establece el artículo 36 de la ley 24.240.

La ley vigente lo regula como un contrato que causa derechos personales y no reales y soluciona el problema de la oponibilidad, admitiendo la inscripción registral de un derecho creditorio.

En el leasing no hay una compraventa inicial dado que no se transmite el dominio ni la posesión, sino la tenencia; solo a partir del ejercicio de la opción se aplican las reglas de la compraventa y se producen sus efectos.²¹

Los Presupuestos del Contrato de leasing son:

1. Sujetos

El contrato es entre el dador y el tomador pero la ley vigente no establece ningún tipo de restricción.

2. Relación del dador con la cosa

El dador puede ser propietario o no de la cosa; en el segundo caso, la misma “tiene que estar a disposición jurídica del dador por título que le permita constituir leasing sobre él”.

3. Capacidad

En atención a la aplicación subsidiaria de las normas de locación y compraventa, se requiere la capacidad exigida para estos contratos.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

Al ser la opción de compra un elemento esencial de este contrato, se ha señalado que es necesaria la capacidad para disponer a los fines de celebrarlo.

Elementos esenciales y típicos

1. Objeto

Normas generales relativas al objeto de los contratos, especialmente en cuanto a la licitud, posibilidad, determinabilidad y patrimonialidad. También la ley 25.248 amplió la nomina de los bienes que pueden ser objeto del contrato: muebles, inmuebles, marcas, modelos industriales, patentes y el software, además de cosas se incluyen derechos siempre que cumplan con las siguientes pautas:

a) Debe tratarse de cosas individualizadas; el objeto debe ser un bien cierto y determinado.

b) En el leasing financiero, las cosas muebles deben haber sido adquiridas especialmente para ese fin a un tercero o bien ser de propiedad del dador.

2. Precio

El precio es un “canon” que se integra con el valor económico del uso, el correspondiente a la amortización del valor de la propiedad y el costo financiero, además de los costos administrativos y de gestión. No obstante, la ley 25.248 establece que: “El monto y la periodicidad de cada canon se determina convencionalmente (art. 3°) y que “El precio de ejercicio de la opción de compra debe estar fijado en el contrato o ser determinable según procedimientos o pautas pactadas” (art. 4°).

3. Plazo

El trascurso del tiempo es un elemento esencial de este contrato, ya que el propósito práctico perseguido por las partes no se logra sino a través de la dimensión temporal.

4. La opción de compra, de renovación y prórroga

a. Carácter esencial de la irrenunciabilidad: La opción de compra es una facultad irrenunciable, por tratarse de un elemento típico esencial del contrato. Si no se la pacta, no será un contrato de leasing, sino de locación de cosas.

b. Plazo para su ejercicio: La opción de compra se relaciona con el denominado “valor residual”. La ley da la posibilidad de ejercer la opción al tomador a partir del pago del 75% del canon total; puede pactarse que sea ejercida en un plazo menor, pero no mayor; si se transgrediera

ese límite sería una cláusula nula pero no acarrearía la nulidad total del contrato. Asimismo el tomador tiene la posibilidad de oponer el contrato frente a la venta de la cosa.

Ejercida la opción la situación jurídica se modifica porque el tomador acepta la oferta de compraventa, y se produce una transformación del título por el cual detenta la cosa: de locatario pasa a ser adquirente.

En el artículo 16 de la ley 25.248 se dispone: “El derecho del tomador a la transmisión del dominio nace con el ejercicio de la opción de compra y el pago del precio del ejercicio de la opción conforme a lo determinado en el contrato. El dominio se adquiere cumplidos esos requisitos, salvo que la ley exija otros de acuerdo con la naturaleza del bien de que se trate, a cuyo efecto las partes deben otorgar la documentación y efectuar los demás actos necesarios”.

c. La opción de renovación: Las partes pueden pactar que el tomador opte por renovar el contrato, sustituyéndose las cosas que constituyen su objeto por otras, en las condiciones que ellos pacten. Esta cláusula no sustituye la opción de compra, sino que es una modalidad de la misma: no se opta por comprar la cosa que se detenta, sino otra distinta, que provee el dador.

La ley 24.441 reguló la opción de renovación en el artículo 29; la ley actual no la prevé, a nuestro juicio acertadamente, ya que entendemos que es innecesaria esta intervención del legislador, porque es una cuestión de las partes establecer si compran la misma cosa u otra distinta y ello no desnaturaliza la función típica del contrato.

d. La opción de prórroga del plazo: Las partes pueden optar por prorrogar el plazo, ya que siempre prima la autonomía de la voluntad en este contrato.

e. Causa: La causa consiste “en transferir el goce de un bien productivo del sujeto que adquiere su propiedad (concedente) al sujeto que está en condiciones de realizar de mejor modo el empleo productivo (usuario).

5. Forma y prueba

La ley establece que debe instrumentarse en escritura pública si tiene como objeto bienes inmuebles, buques o aeronaves, y en los demás casos puede instrumentarse por instrumento público o privado.

Consideramos que será por instrumento público o privado según la importancia de los bienes dados en leasing a fin de darle mayor seguridad a la operación.

6. Registración. Oponibilidad

Para que sea oponible a terceros el contrato deberá inscribirse y mayor interés en la inscripción surge del tomador, porque es así como podrá realizar la opción de compra contra el

dador y oponerla a terceros en caso de conflicto. Dicha inscripción debe solicitarse dentro de los cinco días hábiles posteriores; pasado ese término, causará ese efecto desde que el contrato se presente para su inscripción.

Para cosas muebles no registrables o software, consideramos que la inscripción debe realizarse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar donde se encuentren las cosas o, en su caso, donde la cosa o software se debe poner a disposición del tomador.

El plazo de duración de la inscripción es de veinte años para inmuebles y diez en los demás casos, pudiendo renovarse antes de sus vencimientos por rogatoria del dador u orden judicial.

7. Responsabilidad por daños

Cabe hacer una pequeña referencia a que la cosa objeto del leasing puede ocasionar daños a terceros quienes tienen una acción resarcitoria de fuente extracontractual, basada en la responsabilidad objetiva del propietario y del guardián de las cosas.

La normativa vigente hace recaer los riesgos en forma exclusiva sobre el tomador: “La responsabilidad objetiva emergente del artículo 1113 del Código Civil recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en leasing” este punto es sumamente importante ya que, en realidad, el dueño de la cosa es el dador y el tomador lo será en la medida en que ejerza o no la opción de compra. Es decir que el artículo mencionado propone una excepción a la responsabilidad objetiva establecida por el art. 1113 de nuestro Código Civil, siendo una norma especial.

IV. EL LEASING EN EL CONCURSO PREVENTIVO DEL DADOR Y TOMADOR

En primer lugar debemos que categorizar al contrato de leasing dentro de la ley 24.522, y por ello se lo analiza como contrato con “prestaciones recíprocas pendientes”, es decir que queda comprendido en los términos del art. 20 de dicha norma. Del estudio de éste artículo se desprende que, para lograr la continuación del contrato, el concursado (ya sea el dador o el tomador del leasing) deberá solicitar autorización judicial, siempre dentro de los treinta (30) días posteriores a la presentación en concurso²².

Asimismo, la continuación del contrato permite al contratante in bonis exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo

²² “Atomplast S.A. s/ Concurso Preventivo s/inc. apelación por el concursado” – CNCOM, Sala D, 1370272002; “Frigorífico Río Platense S.A. s/ inc. apelación por Unilever Argentina S.A.” CNCOM, Sala D, 10708/2004, LL 2000 F, p. 575.

apercibimiento de resolución, es decir que deben pagarse los cánones adeudados, sin que deba peticionar la verificación, normativa ésta que ha sido calificada como un "verdadero despropósito"²³.

Es clara la finalidad que menciona la ley cuando ordena que se deberá dar vista al síndico porque dicho órgano concursal es técnico e imparcial.

Según Casadío Martínez Claudio Alfredo en caso de haberse constituido el Comité Provisorio de Acreedores (sea que se considere que debe constituirse no obstante la modificación del inc. 11 del art. 14 ó que se constituya al momento de la resolución de categorización o en otro momento procesal), también deberá dársele vista al mismo de la petición²⁴. A su vez entiende conveniente que se le deberá correr vista también al dador para asegurar de tal modo el derecho de defensa en juicio.

Así el juez, previo a expedirse sobre el pedido de autorización de continuación, entendemos que la opinión del funcionario concursal designado en autos resulta el elemento más importante a fin de que el juez resuelva la continuidad o no del contrato.

La jurisprudencia ha resuelto en "Serviobras S.A. s/ Concurso Preventivo s/ incidente de apelación"²⁵ que "es improcedente el pedido de autorización solicitado por el concursado para continuar un contrato en curso de ejecución —en el caso, de leasing—, si éste notificó su voluntad de continuar el mismo fuera del plazo improrrogable de 20 días impuesto por el art. 20 de la ley de concursos y quiebras".

Tenemos que apreciar lo referente a la apelación de la resolución que disponga la resolución del contrato. El art. 273 inc. 3 ley 24.522 reza "Salvo disposición expresa contraria de esta ley, se aplican los siguientes principios procesales: 3) Las resoluciones son inapelables;" por lo tanto dicha resolución resulta inapelable.

De la aplicación de éste artículo también se daría en el caso de que el Juez dispusiera la continuación, pero atento los efectos que produce la misma para el concurso sería factible dar la posibilidad de apelarse por el Síndico o integrantes del comité de acreedores que previamente se hubieran expedido por el rechazo.

²³ VAISER, Lidia, "El leasing: graves derivaciones de un incumplimiento contractual", ED, 176-476-48515.

²⁴ La Ley 2006, E 1080.

²⁵ La Ley 2002 - B, 421.

En estos casos la apelación debería concederse al solo efecto devolutivo para que el contrato mantenga su vigencia mientras se expide la Alzada²⁶. Pero la jurisprudencia es reacia a esta aplicación excepcional y por lo tanto no escapa a la aplicación de la regla general que entiende ambas resoluciones inapelables²⁷.

1. Concurso Preventivo del Dador

En caso de que el concursado sea el dador, el contrato de leasing continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto.

Esta cuestión debe dilucidarse teniendo a la vista el art. 20 de la ley 24.522, la cual establece que el concursado puede optar por continuar con los contratos en curso de ejecución cuando existan prestaciones recíprocas pendientes, por lo que el caso en análisis será un contrato con "prestaciones recíprocas pendientes".

Claro está que, según el art. 182 primer párrafo de la ley 24.522, los pagos de los cánones deberán efectuarse al síndico de la quiebra o bien, en caso de que el síndico se niegue a recibir el pago sea cual fuere el motivo, estimamos que el tomador del leasing deberá acompañar en el expediente principal de la quiebra las boletas de depósitos judicial a la orden del juez como perteneciente a esos autos. Del mismo modo deberá actuar el tomador en caso de que se encuentre en condiciones y elija de ejercer la "opción" y pagar el saldo del precio.

En caso de que se ejerza la opción de compra, deberá, a fin de evitar posibles nulidades, notificarse el ejercicio de la opción de compra, por medio fehaciente al síndico, por ejemplo por Carta Documento; no obstante se ha sostenido²⁸ que el interrogante que podría plantearse, si es necesario —la ley no lo requiere— que el concursado ejerza la opción de conformidad con lo establecido por el artículo 20 LCQ, es decir, que ésta sea aceptada por la Sindicatura y el Juzgador, como infra analizaremos en el caso de concursamiento del tomador. En nuestra opinión estando vigente el contrato, ni el juez ni el síndico pueden oponerse a la opción de compra, salvo que en caso de Quiebra se ejerza la acción revocatoria por considerar que el contrato fue celebrado en fraude de la masa²⁹.

El nuevo art. 14 inc. 12 de la ley 24.522 impone al síndico la realización de informes mensuales a fin de que el juez constate la evolución de la empresa y el cumplimiento de las normas

²⁶ La Ley 2006 - E 1080.

²⁷ "Conapa Cía Naviera Paraná S.A." CNCom, Sala B, publicado en La Ley 1991 – C, 559.

²⁸ O'REILLY, María Cristina, "La nueva ley de leasing y el concurso preventivo o quiebra del tomador o del dador", Legislación Argentina del 25 de julio de 2003, Boletín N° 12, prevista en el contrato.

²⁹ En igual sentido MOLINA SANDOVAL, Carlos, "Reflexiones en torno al contrato de leasing (una visión desde lo concursal)", LA LEY, 2005-A, 1119 quien indica que solo deberá requerirse el levantamiento de la inhibición general de bienes que pese sobre el concursado si se trata de bienes registrables.

legales y fiscales por lo que ello, obliga también al funcionario a informar sobre toda cuestión relativa al contrato de leasing por ser un contrato con prestaciones recíprocas pendientes.

Varios autores entienden que el tomador siempre deberá presentarse a verificar su crédito en el concurso del dador ya que es obligación de todos los acreedores deberán verificar su crédito para obtener la calidad de tales. Aunque a nuestro criterio el tomador, principalmente, deberá anotar al síndico del contrato, en caso de que el concursado (dador) no lo haya informado, así el síndico y los demás acreedores del concursado conocerá de la existencia de otro acreedor, en este caso, el tomador, pero bajo el régimen de contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

Siendo así como el tomador deberá continuar abonando los cánones hasta el momento de que pueda ejercer la “opción” y en ese caso se le aplicará todo lo concerniente a una compraventa en un concurso preventivo y si el tomador hubiera realizado la opción con anterioridad a la presentación en concurso del dador y no hubiese realizado la transferencia del bien, el tomador deberá verificar su crédito del mismo modo que un acreedor que intentara escriturar un inmueble.

Asimismo se aplican los arts. 118, 119, 120 y 121 de la ley 24.522 cuando la venta se haya realizado en fraude a los acreedores, del mismo modo se podrán intentar extender la quiebra al dador o al tomador y caso de que se verifiquen los supuestos de los arts. 160 a 172 la misma ley.

2. Concurso Preventivo del Tomador

Siguiendo la línea plasmada en el art. 20 de la ley 24.522, estimamos que es a opción del tomador continuar o resolver el contrato.

Asimismo, y a nuestro entender, siendo el contrato de leasing con prestaciones recíprocas pendientes se aplicarán los términos establecidos en el artículo mencionado ut supra que reza "El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.

Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo, y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el art. 240...".

En este último caso denotamos que la ley le otorga el privilegio de gasto del concurso a los futuros pagos de cánones que el tomador realice luego de la presentación en concurso.

3. Elección de continuar el contrato.

Partimos de que es el deudor el que tiene en sus mano la posibilidad de elegir continuar o resolver el contrato dentro de los 30 días de abierto el concurso, según la normativa mencionada en el punto anterior.

La doctrina ha mantenido el criterio por el cual el principio general es que los contratos con prestaciones recíprocas pendientes quedan suspendidos mientras se adopta una decisión a su respecto³⁰. Es así que, el juez con opinión del síndico debe o no autorizar la continuación.

Entendemos que, deberá ser fundada tanto la petición como la resolución del juez, indicándose la conveniencia de su continuación para su giro comercial y el beneficio que tal continuación acarreará a los acreedores³¹.

No solo la doctrina sino también la jurisprudencia se ha manifestado sobre el tema en cuestión, estableciendo que únicamente el deudor detenta la facultad de solicitar la autorización judicial a fin de ejecutar el contrato³².

Si bien el cocontratante, *in bonis*, no puede estar obligado a continuar el contrato, consideramos que el juez deberá imponerle dicha situación en caso de que sea fundadamente primordial para la subsistencia del concursado y evitar así la quiebra, resultado perjudicial para el concursado y la sociedad toda.

Cabe hacer una referencia a lo resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional Comercial que estableció si el contrato de leasing se resolvió de pleno derecho al no haber comunicado el concursado la decisión de continuarlo, feneció la opción de compra del art. 14 la ley 24.522 y que al ejercerse esta opción, el concursado debe depositar las sumas pertinentes como demostración concreta de mantener vigente el contrato y de la voluntad de efectivizar esa opción, correspondiendo en caso contrario la restitución del bien en cuestión³³.

³⁰ RIVERA, Julio César - ROITMAN, Horacio - VITOLLO, Daniel Roque, "Concursos y Quiebras Ley 24.522." Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1995, p. 43.

³¹ BARBIERI, Pablo, "Nuevo Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522", Buenos Aires, Ed. Universidad, 1995, p. 88.

³² CNCom., sala C, abril 21-989, "Vázquez Alberto c. Anambe SA y otro", LA LEY, 1989-E, 613.

³³ CNCom., sala A, 29/11/2001, Alumpack S.A., JA, 2002-III-112.

Ahora bien, estas disposiciones pueden llevar a situaciones injustas y perjudiciales a la masa, por lo que es clara la crítica de Maffia cuando cita dos casos, el primero se resolvía un contrato de leasing de una aeronave habiéndose abonado 80 cuotas de un total de 90 y en otro sólo se pagaron 4 ó 5 de 90 ³⁴, por ello consideramos que el juez deberá, con suma prudencia, resolver casos similares de distinto modo.

4. Verificación de los créditos.

En este punto debemos notar que el dador se encuentra posibilitado para reclamar en el concurso el canon devengado hasta la devolución del bien, y los demás créditos que resulten del contrato ³⁵, los que tendrán el carácter de créditos quirografarios.

Así ha resuelto la justicia Nacional en lo Comercial estableciendo que "No corresponde verificar con el privilegio de la ley 24.522 (art. 240), como pretende el incidentista, los importes adeudados en concepto de cánones correspondientes a un contrato de leasing; toda vez que el régimen de privilegios en materia concursal se encuentra limitado a los previstos en el respectivo capítulo (LCQ art. 239) y no existe en el caso norma expresa que otorgue a los créditos aquí involucrados la preferencia pretendida por la incidentista; no correspondiendo en esta materia realizar una aplicación analógica en tanto los privilegios importan una excepción al principio de igualdad de los acreedores y la LCQ art. 20 sólo reconoce el privilegio previsto en la LCQ art. 240 a las prestaciones cumplidas por el tercero después de la presentación en concurso preventivo y previo cumplimiento de los demás recaudos establecidos en el mismo artículo, que en el caso particular no tuvieron lugar" ³⁶.

No obstante se ha expresado que aunque la ley no lo dice, si el dador ha efectuado gastos de conservación o mantenimiento, éstos gozarán también del privilegio del art. 240 de la ley 24.522, postura que coincidimos.

5. Efectos sobre el contrato.

En este punto debemos hacer referencia al que la ley 24.522 en el art. 20 3er parr. establece que "Sin perjuicio de la aplicación del artículo 753 del Código Civil, el tercero puede

³⁴ MAFFIA, Osvaldo J., "Leasing y recuperación del bien en el concurso del tomador", ED, 13/12/2001, 1-51196.

³⁵ En igual sentido opina FERNANDEZ, Matías, "El "leasing": oponibilidad del contrato. Subrogación de acreedores del tomador. Efectos del contrato en materia concursal" en "Contrataciones Empresarias Modernas", Favier Dubois (h.) - Pérez Lozano, Néstor (Dir), Ed. Ad. Hoc 2005, p. 277.

³⁶ CNCom., sala C, 22/11/2002, "Establecimiento Don Matías S.A. s/concurso preventivo s/inc. de revisión por Banca Nazionale del Lavoro S.A"

resolver el contrato cuando no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo, luego de los treinta (30) días de abierto el concurso. Debe notificar al deudor y al síndico"³⁷.

Es decir, la ley establece que en caso de que no se decida continuar con el contrato el mismo quedará resuelto a pedido del tercero, aunque resulta importante destacar que será el deudor quien deberá informar y comunicar (notificando fehacientemente al tercero y al síndico), dentro de los treinta días de abierto el concurso, la decisión de continuar el contrato.

En caso de resolverse el contrato se restituirá inmediatamente el bien al dador, por el juez del concurso o de la quiebra, a simple petición del dador, con la sola exhibición del contrato inscripto y sin necesidad de trámite o verificación previa. (art. 11, 2do parr. ley 25.248).

8. Competencia y Jurisdicción internacional

En este punto cabe preguntarnos sobre la posibilidad, ante un supuesto de rescisión de leasing, de que sea competente un tribunal judicial o arbitral extranjero. En primer lugar debemos tener presente a los arts. 1 y 2 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación.³⁸

En segundo lugar debemos tener en cuenta lo establecido en el art. 134 de la ley 24.522³⁹, en consecuencia la ley concursal respeta la posibilidad de que el concursado haya pactado, antes de la declaración de quiebra, una cláusula compromisoria como así también el juicio arbitral que derive, en fin acepta en forma patente la prórroga de jurisdicción. La Corte Suprema tiene ha señalado que *“aún hallándose en trámite un concurso preventivo puede constituirse el tribunal*

³⁷ El art. 753 del Cód. Civil establece que "Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso".

³⁸ Artículo 1: CARACTER. - La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4º, de la Ley 48, exceptuase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por Ley.

Artículo 2: PRORROGA EXPRESA O TACITA. - La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria.

³⁹ Artículo 134 de la ley 24.522 reza *“La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor salvo que antes de dictadas la sentencia se hubiere constituido el tribunal árbitros o arbitradores. El juez puede autorizar al síndico para que en casos particulares pacte la cláusula compromisoria o admita la formación de tribunal de árbitros o arbitradores.”*

arbitral antes del auto de quiebra y, si así se constituye, el art. 134 respeta su competencia para entender en el asunto aún después de declarada la quiebra”⁴⁰.

Es común que, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, en los contratos de leasing se establezcan cláusulas de prórroga de jurisdicción y en la mayoría de ellos la jurisdicción resulta ser favorable para el dador ya que en principio es la parte más fuerte del contrato.

A su vez, resulta significativo interpretar los artículos junto con el principio de universalidad del juicio concursal, es decir que si bien el concurso es un juicio universal se debe respetar plenamente la autonomía de las partes aunque una vez que se obtenga sentencia en el tribunal extranjero, el que pretenda ejecutar la sentencia en el país deberá, según el caso, cumplir con los requisitos del “exequátur”⁴¹.

En cuanto a la competencia para solicitar la restitución del bien por parte del dador se ha resuelto que “el juez que interviene en el concurso preventivo del tomador del leasing es quien debe resolver sobre la pertinencia de la restitución del bien al dador” (ley 25.248 art. 11)⁴².

V. EL LEASING EN LA QUIEBRA DEL DADOR Y TOMADOR

1. Quiebra del Dador

En caso de concurso o quiebra del dador la ley 25.248, adopta una solución análoga al supuesto de la locación (ver art. 157 inc. 1 Ley 24.522) cuyas normas son aplicables estando pendiente la opción de compra (art. 26 Ley 25.248). En tanto que la quiebra del dador (o bien locador) no afecta al contrato de leasing, teniendo el tomador el derecho de ejercer la opción de compra en el tiempo previsto (art. 11 segundo párrafo Ley 25.248).

2. Quiebra del Tomador

Para este supuesto, se establece que dentro de los sesenta (60) días de decretada la quiebra el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo.

⁴⁰“Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A. de C.V.”- CSJN – 5 de Abril 2005.

⁴¹ El exequátur es la fuente de conversión de la sentencia extranjera en título ejecutorio argentino; crea el título ejecutorio en base a esa misma calidad, ínsita en el fallo cuyo pase autoriza. – COLOMBO, Carlos J. Código procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y comentado, Tomo II, 1975, Ed. Abeledo Perrot, p. 22.

Para ampliar sobre este tema ver “¿Execuatur vs. Verificación? O Sobre la sentencia arbitral y el derecho concursal” Esparza Gustavo - JA 2002 – IV – 92.

⁴² CNCom., sala C, 22/06/2001, "Ferrostal Argentina S.A. c. Artes Gráficas Corin Luna S.A. s/secuestro prendario"

En este caso los acreedores se verán postergados por la decisión del síndico, aunque a primera vista esta facultad tiene un tinte de arbitraria por aparentar excesiva por ser el funcionario es un auxiliar del juez sin *imperium*.

La magistrada O'Reilly sostiene que esta normativa efectúa una innovación a lo dispuesto en los arts. 143 y 144 de la LCQ, ya que el único que puede optar por continuar o no el contrato es el Síndico, no obstante en su opinión es discutible que dicha facultad sólo recaiga sobre la Sindicatura, por ello entiende que el Juez a cargo del concurso podrá —de entenderlo pertinente— oír al dador, previamente a decidir sobre la continuidad o no del contrato.

En el supuesto que se dispusiera la continuación de las actividades de la empresa fallida y los contratos de leasing celebrados en doctrina se ha resaltado que en este caso —contrato de leasing que se ha decidido continuarlo—, con la venta de la "empresa" cambiaría la persona del tomador y la ley sólo permite la cesión por parte del dador, y si bien el art. 11 prevé que los acreedores pueden subrogarse para ejercer la opción de compra, nada dice de la cesión. En esta disyuntiva se arribó a la conclusión de que si se está en condiciones de hacer la opción, no habría mayor problema en que la ejerza el comprador, incluso si faltare pagar algo para llegar a ella, y en su opinión estará facultado para hacer el pago y ejercer la opción; caso contrario, y teniendo en cuenta que el dador, para contratar un leasing, debe considerar las condiciones del tomador y qué garantías brinda, entiende que debiera tener la opción de resolver el contrato. Coincidimos plenamente con estas conclusiones⁴³.

También se ha postulado en doctrina que se aplique analógicamente el procedimiento previsto por los arts. 138 y 188 ley 24.522, pudiéndose plantear la inconstitucionalidad del art. 11 ley 25.248 o en el mejor de los casos adoptar una solución ecléctica donde el juez contemple la situación contractual y la realidad del negocio según su etapa o fase en cada caso en particular⁴⁴. Estimamos que, más allá de sus imprecisiones, debe primar la normativa especial de la ley 25.248.

La norma bajo análisis concluye que esta opción lo es, "Sin perjuicio de ello el dador puede reclamar en la quiebra el canon devengado hasta la sentencia declarativa de la quiebra, y los demás créditos que resulten del contrato".

⁴³ TON, Walter Rubén, "Leasing. Concurso y Quiebra - Ley 25.248", publicado en el sitio de Internet www.quiebras-concursos.com.ar

⁴⁴ FERNANDEZ, Matías "El "leasing": oponibilidad del contrato. Subrogación de acreedores del tomador. Efectos del contrato en materia concursal" en "Contrataciones Empresarias Modernas", Favier Dubois (h.) - Pérez Lozano, Néstor (Dir) Ed. Ad. Hoc 2005, p. 277.

Ahora bien, ¿esto habilita al reclamo de las sumas adeudadas en concepto de cláusula penal? Estimamos que por efecto del concursamiento del tomador, que impide modificar la situación de los acreedores anteriores, con lo cual existe una imposibilidad legal de cumplir con lo pactado, las mismas no pueden serle reclamadas y así lo ha entendido también la jurisprudencia⁴⁵. Asimismo debe tenerse presente que su admisión puede conducirnos a que dadores inescrupulosos demoren el recupero del bien dado en leasing a fin de incrementar sus acreencias.⁴⁶

VI. DERECHO A LA RESTITUCION DEL BIEN?

En lo relativo a este punto debemos referirnos a un fallo de la Cámara Nacional Comercial Sala A del año 2003 caratulado “Transportes Metropolitanos Gral. Roca s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de secuestro de locomotoras de Raywail Leasing Argentina S.A.”⁴⁷ Dicho fallo trata sobre el concurso del tomador del leasing y luego de rescindido el contrato el dador solicitó el secuestro de las locomotoras otorgadas.

En primera instancia el *a quo* hizo un análisis de la normativa vigente (Ley 24.441), en el momento de dictar sentencia (situación anterior a la sanción de la Ley 25.248) y en consecuencia de ello ordenó la restitución del bien pero en base al contenido contractual del leasing, es decir, que se fundamentó sobre la naturaleza jurídica del contrato e cuestión. Por ello rechazó el pedido de secuestro por no encontrarse establecido en la norma.

En segunda instancia, en una sentencia muy escasamente fundada, estableció que la concursada deberá restituir las locomotoras ya que el contrato de leasing se encontraba rescindido.

Asimismo estableció que si bien el estado tenía la facultad otorgada por el art. 189 inc. 3 de la Ley 24.522, no puede vulnerarse el derecho de propiedad del titular dominial (en este caso el “dador”) garantizado por la constitución nacional en su art. 17.⁴⁸

⁴⁵ CNCom., sala C, "Wattman S.A. c. Química Dema S.A. s/sumario", 10/02/95, citado por FERNANDEZ, op. cit. nota anterior.

⁴⁶ Publicado en LA LEY 2006 – E, 1080.

⁴⁷ Publicado en LA LEY 2004-A, 542

⁴⁸ “En efecto, la circunstancia de hallarse afectados los bienes a un servicio público no los convierte en una categoría especial que permita infringir específicas normas de la Constitución Nacional. Como se ha dicho, la incidentista es titular del derecho de propiedad de los bienes en cuestión, propiedad que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Nacional no puede ser despojado sin cumplir con el único procedimiento que a tal efecto la Carta Magna prevé, o sea declaración de utilidad pública y pago de la indemnización correspondiente.

La ley de concursos contempla la intervención del Estado para la continuidad de la prestación del servicio y tal efecto el art. 189 inc. 3 faculta a la autoridad competente a disponer lo que estime conveniente para asegurar el mismo, siendo que las obligaciones que resulten de esa prestación son ajenas a la quiebra. De ello

Otro punto a tener en cuenta en el punto bajo análisis es la importancia de analizar la posible aplicación del art. 24 de la Ley 24.522 ante la resolución del contrato de leasing. Resulta importante referirnos al artículo 11 de la ley 25.248 que consiente la posibilidad de requerir en forma inmediata la entrega del bien dado con la sola presentación del contrato debidamente inscripto y sin necesidad de verificación o trámite previo.

La normativa mencionada *ut supra* se debe interpretar junto al artículo 21 de la misma ley que señala el eventual secuestro, ya que el bien mueble fue otorgado en posesión y la propiedad continua en cabeza del dador.

El artículo 24 de la ley 24.522 reza “*Suspensión de remates y medidas precautorias. En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16⁴⁹, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de NOVENTA (90) días.*”

La resolución es apelable al solo efecto devolutivo por el acreedor, el deudor y el síndico.”

El Dr. Adolfo A. N Roullión en el comentario a este artículo establece que el juez del concurso será el competente para suspender, ya sea el remate o las medidas cautelares, porque es él quien se encuentra en mejores condiciones de evaluar la “conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores”⁵⁰

Por lo tanto, se concluye que en el caso del pedido de secuestro del bien dado en leasing será el juez el que tiene el imperio para suspender, no más de 90 (noventa) días, dicha medida y del

resulta que el Estado se encuentra facultado a requerir lo necesario para la continuidad del servicio, pero todo ello sin vulnerar las respectivas garantías constitucionales”.

⁴⁹ Para mejor comprensión del artículo se transcribe el art. 16 *in fine* de la ley citada : “Actos sujetos a autorización. Debe requerir previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial.

La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores.

⁵⁰ ROULLION, Adolfo A. N – “*Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522*”- Ed. Astrea – 2006.

mismo modo se estima conveniente que el juez requiera un dictamen del funcionario concursal (Síndico) a fin de que colabore con el magistrado para apreciar si se dan los extremos del mencionado art. 16 ley 24.522.

La jurisprudencia ha seguido los lineamientos mencionados ordenando como medida cautelar en los términos del art. 21 inc. a de la ley 25.248 el secuestro de los bienes objeto de los contratos de "leasing" presentados por un banco que era el dador (actor), toda vez que éste exhibió tales instrumentos e interpeló al tomador en el domicilio constituido en el contrato, que a su vez concuerda con el consignado en la solicitud de apertura de la cuenta corriente abierta en el banco dador⁵¹.

Por último, nos referimos a que se ha resuelto que "si no ha pagado la totalidad de las cuotas pactada ni consecuentemente, ha ejercido la opción de compra del bien objeto del leasing, la tomadora que ha quedado incurso en concurso preventivo no podrá negarse a restituirlo al dador, so pretexto de no causar un detrimento a la masa de acreedores, ya que, al no haber ingresado dicho bien al patrimonio de la sociedad utilizadora, su devolución no perjudica a la quiebra ni la resolución del contrato implica un negocio para el concedente" ⁵².

VII. RESCISION vs. CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

1. La continuación de la empresa

El destino de la empresa frente a la declaración de quiebra, atendiendo a la influencia que la misma tiene en el circuito económico, ha preocupado a la doctrina a la jurisprudencia y al legislador. En dicho orden, y en el marco de una real preocupación sobre el marco de una real preocupación sobre el destino de las empresas, en quiebra, y los efectos que la caída de la misma produce sobre las economías regionales, se dicta la ley 18.832 cuyo mensaje de elevación justifica la modificación del art. 195 de la ley 24.522 ampliando sus supuestos, por razones de interés público y con el fin de asegurar la paz social, faculta al Poder Ejecutivo nacional para que disponga en cada caso, la continuación del funcionamiento de ciertas sociedades que fueren declaradas en

⁵¹Si bien el juez de primera instancia rechazó el pedido, en Cámara se revocó la sentencia. Publicado en LA LEY 2004-C, 603 "HSBC Bank Argentina c. Yellow Planet S.A."- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D.

⁵² CNPN VI, 01/07/97, ED 176-476-48515, comentado por Lidia VAISER, JA, 1998-II-259.

quiebra, señalando que el Estado Nacional adelantara las sumas necesarias para la continuación de la actividad de las empresas⁵³.

En el mundo globalizado en que vivimos es de suma importancia proteger las economías regionales, de tal importancia que considero el real impulsor de la economía del país.

Es así que la ley 19.551 le otorga una real importancia a la continuidad de la empresa en quiebra; como uno de los pilares de la nueva legislación, a los fines de preservar la unidad económica y consecuentemente la fuente de trabajo.

En definitiva la posición del legislador en el contexto económico social en que nos encontrábamos en ese momento, fue propender a la continuidad de la empresa socialmente útil. La empresa era considerada desde otro punto de vista: se tenía en cuenta su importancia sobre el circuito económico, como fuente de trabajo y de riqueza en una determinada región; era valorada por el producto que producía; en momentos en que la importación era restringida, importaba si era el único proveedor del producto, se analizaba el efecto que el impacto de su caída producía sobre la región y la economía en general.

Por último, en el caso de análisis debemos compatibilizar el principio de continuidad de la empresa con la posibilidad que tiene el dador del leasing de hacer unos de la medida cautelar de secuestro del bien otorgado, tal análisis deberá ser realizado por el juez y con una estricta y clara opinión del síndico.

VIII. COLOFÓN

Actualmente y a pesar de la crisis internacional en la que estamos sumergidos, la figura del leasing cobró suma importancia por el hecho de transformarse en un medio útil para acceso al crédito como también un instrumento de expansión y crecimiento de las empresas y en especial de las pequeñas y medianas.

Tomó gran importancia en el ámbito internacional al convertirse en un mecanismo de financiación de empresas pequeñas y medianas como así también a las multinacionales permitiéndoles la disminución de costos junto con la aplicación de tecnología de primera línea, en un principio inalcanzables. A su vez, les permitirá una reconversión industrial y progresar en proyectos expansivos en los diversos mercados.

⁵³ NEGRE DE ALONSO, Liliana Teresita – La Ley 1999 E, Sec. Doctrina p. 1352 y sgtes.

En el plano internacional ocurriría que el dador o el tomador se encuentren en diversos países con regímenes jurídicos también diversos pero en común que en todos los contratos se pacte la ley aplicable y la jurisdicción competente dada la gran función de la autonomía de la voluntad.

Si bien el contrato de leasing posee ventajas también las desventajas surgen de la utilización del leasing ya que resulta ser un contrato en cierto modo complejo por el cual se requiere un constante estudio por los dirigentes de las empresas, contadores, técnicos, financistas, juristas, y demás profesionales que intervengan en la contratación o sean relevantes ante un posible conflicto.

En el ámbito jurídico ya vimos varios problemas de calificación, competencia jurisdiccional y arbitral, ley aplicable, medidas cautelares, etc.

Igualmente ante el conflicto el juzgador va a tener que desentrañar la voluntad de las partes plasmada en las cláusulas del contrato.