

CONTRATO DE LEASING
CARLOS GHERSI

ESC. HIRSCH.- El instituto jurídico que vamos a estudiar hoy tiende al financiamiento de la construcción de viviendas. De la lectura de la ley se nos presentan algunas dificultades interpretativas, porque si bien el leasing ha tenido auge en nuestro país a partir de 1970, ello ha sido sobre bienes muebles, sobre todo en materia de automotores, pero no tenemos experiencia práctica en lo que hace al leasing inmobiliario, a pesar de que en convenciones efectuadas en esta casa se ha tratado el tema.

Para el desarrollo de esta cuestión contamos con la presencia del doctor Carlos Ghersi, abogado y doctor en jurisprudencia, quien recientemente ha finalizado de cursar la especialización en Historia de la Economía y Políticas Económicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires; ha sido fiscal de Estado de la provincia de Buenos Aires durante el gobierno democrático del doctor Armendáriz; es autor de varios libros y publicaciones, especializándose en contratos y responsabilidad; es docente titular de la cátedra de Obligaciones y Contratos en la Universidad de Buenos Aires y en la de Belgrano.

Estamos en presencia de un especialista a quien en nombre del Colegio de Escribanos le damos la bienvenida y agradecemos profundamente su presencia en esta casa, ya que nos va a ilustrar en este camino que seguramente vamos a emprender prontamente, según lo que se ha publicado hoy en los diarios, donde se informa que el Banco Hipotecario Nacional lanzará un plan de arrendamiento con opción de compra para la construcción de viviendas.

DR. GHERSI.- Agradezco muchísimo al Colegio de Escribanos por la deferencia que ha tenido al invitarme. He obtenido los títulos que el escribano Hirsch ha leído sobre mi currículum, pero lo más importante es que siendo un estudiante, tanto de derecho como de economía, porque me apasiona estudiar y creo que aquel que dice que ha terminado de estudiar, en realidad, con lo que ha terminado es con su profesión.

Lo único que voy a poder transmitirles hoy son algunas reflexiones que pueden serles útiles para emprender el estudio de la ley 24441. Dicha norma puede ser objeto de dos lecturas: una es la fácil, que consiste en leer la ley y decir que el fideicomiso y el leasing no son nuevos, y a partir de lo poco que uno conoce decir que eso es así y no hay que dar más vueltas.

Pero creo que hay otra lectura. En 1964 recuerdo haberle dicho al doctor Luis María Boffi Boggero, de quien me considero por lo menos su último discípulo, que no entendía absolutamente nada de derecho, porque me parecía que todo contrato tenía detrás algo económico que yo no terminaba de entender. Había terminado de cursar contratos con el doctor Risolía y ésa era la sensación que me quedaba. Me fui a la Facultad de Ciencias Económicas y empecé a descubrir algo tan elemental que estaba delante de mis ojos y en la Facultad nadie me lo había explicado: el contrato no es más que una consecuencia de un hecho económico antecedente, y punto.

Quiere decir entonces que cuando se habla de contratos si no se tiene claro el negocio económico que está delante, no se puede comprender bien ese contrato. Y lo que quiero transmitirles hoy, además de que después desmenuemos algunos artículos, es qué es esta ley 24441, porque sigo pensando que el legislador circunstancial de esta ley no tuvo en claro el negocio económico que estaba atrás.

Legislar desprolijamente y legislar específicamente, a veces tiene costos muy grandes. Esa desprolijidad lleva a problemas. Todos los días escuchamos que se quiere evitar la litigiosidad, pero ella se crea con estas situaciones. El Código Civil fue reformado en 1987,

pero luego esa reforma fue vetada; hay dos proyectos de reforma que siguen dormidos en algún cajón; y de repente se sancionan leyes parciales que han hecho que ese Código Civil estallara en mil pedazos, como la ley de defensa del consumidor, y ahora otra vez se ve sometido a estas legislaciones parciales. Lo mismo le ha ocurrido al Código de Comercio, de modo que ya no sabemos dónde estamos parados.

Voy a trabajar con dos marcos previos para situar el tema del leasing, y luego, de a poco, comenzaré a analizar los problemas que plantea.

La ley se titula de financiamiento de la vivienda y la construcción. O se equivocaron al ponerle el nombre o el leasing sobre cosas muebles no debería estar acá. De lo que se trata es de crear instrumentos financieros, y después de regular contratos. En este sentido, la ley crea tres instrumentos financieros -el fideicomiso, el leasing y las letras hipotecarias- que son totalmente distintos.

¿Por qué crear instrumentos financieros? Aquí es importante recordar el primer marco, para lo cual voy a transmitirles algunos de mis modestos conocimientos de economía.

¿Por qué aparece con tanto apuro este tema del financiamiento? Evidentemente es una medida de política económica que tiene su repercusión en el ámbito del derecho. La política económica coincide con toda la idea de un proyecto que se pone en marcha en 1990, que entre comillas lo denominaría "neoliberal", que tiene una meta fija. La necesidad de creación de un instrumento de financiamiento habla a las claras de que hay que cubrir una falencia que existe en la sociedad; esa falencia es el dinero, a través del cual acceden a la vivienda las empresas o personas.

La razón de ser de esta ley es que el sistema económico capitalista está en crisis desde los años '70 y una de las principales crisis es el costo del dinero. Es la única materia prima del sistema que la revolución tecnológica iniciada después de los años '60 no pudo abaratar. A partir de este problema podemos empezar a entender por dónde aparecen las soluciones y por qué la necesidad de estas herramientas de financiamiento.

Tal es el problema del dinero que hoy los países superdesarrollados -Alemania, Japón, Estados Unidos- no miden la inflación o el desequilibrio mediante una canasta familiar o por un índice de precios al consumidor, sino por las fluctuaciones en el costo del dinero, que es lo que califica a una economía como inestable. Ya no se puede medir en función de la canasta familiar porque la tecnología la ha abaratado; con medidas de política económica, como la apertura de la importación, se puede cambiar la ponderación de los índices. Pero el costo mundial del dinero es muy oscilante y preocupante.

Además, esto está relacionado con otras variables: la velocidad de colocación y la rápida rentabilidad del capital. Hoy el capitalista es fundamentalmente rentístico, ya no le interesa poner el capital en la industria -sólo en algunos sectores- porque ésta ha cambiado desde el fordismo a la tecnología. Hoy al capital rentístico le interesa la ligereza en la colocación y la rápida obtención de beneficios.

Entonces, para evitar el problema del dinero, tengo que crear estas herramientas. En otros campos es lo mismo que sucede con la tarjeta de crédito, o con el cheque consumo que vamos a conocer a través de la nueva ley de cheque.

Este es el primer marco. Después lo vamos a relacionar con el famoso problema de la naturaleza jurídica del contrato, que tanto nos preocupaba en la Facultad pero que es tan poco importante cuando se entra a medir el tema desde otro ángulo o con otra visión.

Cuando veamos que podemos encasillar el contrato en otros paradigmas de estructuración distintos a la locación o la compraventa, entenderemos que la naturaleza jurídica pierde un poco de importancia.

El primer marco, entonces, consiste en saber por qué se dicta esta ley, por qué se requiere un instrumento financiero y a qué apunta.

El segundo marco ha sido obviado totalmente en la ley, entiendo que por un problema de prejuicio; cuando se los mencione se les va a poner la piel de gallina y van a pensar que

vengo de otra galaxia. El otro marco es de qué estructura de contrato estamos hablando, porque esta ley parte de la misma falacia de la que partió Vélez Sársfield: que el contrato es un acuerdo de voluntades entre personas libres e iguales. Esto fue una falacia en la época en que Vélez redactó el Código, y lo es actualmente, porque la comercialización no es así. Hay que sacarse de la cabeza que el contrato de adhesión o masivo es una mala palabra, sino que es el producto de una forma de comercializar bienes y servicios en una sociedad capitalista que necesita de ese instrumento, porque no hay otro, ya que el contrato entre individuos, entre pares -el contrato paritario-, de negociación individual no es la respuesta. No se puede negociar con cada uno, con un leasing con cláusulas especiales, porque se negocia masivamente. Este instrumento de crédito es masivo. Este instrumento de crédito es masivo y, por lo tanto, se necesitan modelos, tipologías estructuras de contrato. Este es el contrato por adhesión. Y esto, en sí, no es malo, es una forma que la economía utiliza y que viene desde la época fordista: quien hace 100 pulóveres iguales debe tener un solo modelo de contrato para todos ellos, y no se requiere ser abogado o escribano para saberlo. Pero cuando se nombra la fachada, la portada, digamos, del contrato de adhesión muchos se irritan porque no la entienden. Este es otro marco importante, porque hay que trabajar con modelos de contratación por adhesión, por lo menos en general, si bien excepcionalmente puede haber situaciones del otro tipo de contrato, del contrato de negocio que yo llamo el contrato de negociación individual, el contrato paritario de Vélez. Y esto también reviste importancia, porque los contratos de adhesión tienen otro problema, el de su contenido. Si se hace un buen modelo de contrato de adhesión, equitativo, no se tendrán problemas y será bueno para la comercialización de lo que se quiera, fueren bienes, servicios, dinero. Pero si se hace un contrato-tipo, en el que se establecen cláusulas leoninas, en el que se desbalancean las partes, en los que hay un desbalance genético en la formación del contrato y no se lo rectifica, surgirán los problemas y se creará la famosa fábrica de pleitos, que a menudo menciona el ministro Cavallo. Pero se crearán porque él parte de una falacia, de que el contrato es entre pares, y no es así, ya que de la misma ley surge que uno de los sujetos del leasing es una entidad financiera, una sociedad que tiene por objeto la realización de este contrato. ¿Es que a alguien se le puede ocurrir que una entidad financiera que está regida por la ley de entidades financieras puede ser lo mismo que un simple consumidor que va a firmar un contrato de leasing? Quien así pensara no tendría los pies sobre la tierra.

¿Por qué este segundo marco es importante si partimos de la base de que vamos a trabajar prioritariamente con el contrato de adhesión? Si el contrato es bueno y equitativo, las cosas se facilitarán, pero si es leonino, abusivo en muchas de sus cláusulas, en alguna de sus partes se aplicará la ley del consumidor, que si bien es despareja, achicada por los vetos, maltratada, en lo atinente a los contratos de adhesión no ha sido vetada y constituye un bloque bastante importante. Y tanto es así, que por vía de la vivienda para uso familiar podría aplicarse la ley de leasing, como contrato de adhesión, dentro de la ley del consumidor.

Tengo para mí que éstos son los dos marcos importantes a considerar para que sepamos de qué estamos hablando, sin que perdamos de vista los objetivos. Es decir, si partimos de la lectura fácil de que éste es un contrato más y empezamos a hablar de la tipicidad o no tipicidad, perderemos el objetivo. Estos dos marcos me ayudan a pensar.

¿Podemos definir concretamente qué es un contrato de leasing a través de su famosa naturaleza jurídica? Este es otro problema.

Si empezamos a hablar de los nominados o de los innominados, por lo menos éste superó esa barrera porque está nominado, lo llaman de alguna forma.

En cuanto a si es típico o atípico, ¿qué quiere decir? ¿Típicos para los contratos que en su época reguló Vélez y de los cuales prácticamente el 90 por ciento de ellos no se aplican?

¿Qué quiere decir tipicidad, que tiene una estructura regulada en el Código Civil? ¿Es que hoy en día toda las estructuras que nos da la economía, que están en el mundo desarrollado, que son modernas, no sirven? Me parece que es entrar en una historia sin sentido.

Pero lo peor es la tercera opción, la que alguna vez yo sufría cuando algún profesor me decía que eso era sui generis. Como no sabía qué decirme, terminaba expresando que eso era sui generis.

Vamos a tratar de intentar qué podemos decir como idea jurídica del leasing.

El hecho de señalar que se trata de un instrumento financiero, porque además la ley lo titula así, significa una pauta muy importante.

Otra cuestión interesante es tratar de abrir en alguna medida los esquemas a una nueva clasificación o a una vieja pero remozada clasificación, que fundamentalmente trabajan los alemanes, que es el tema de los contratos concausados o de las estructuras contractuales concausadas, terminología que considero más apropiada. ¿Qué quiere decir esto? Yo, dentro de una estructura contractual, puedo tener conformado un conjunto de subcontratos que están relacionados causalmente a través del elemento esencial, o por lo menos de uno de los elementos estructurales del contrato, que es la causa, y por eso hay esa concausación. Y de este punto de vista, a mi juicio, este instrumento financiero cobija a algunas subestructuras contractuales, que son complejas, no son fáciles ya que no podemos decir que es un contrato de locación hasta la opción o un contrato de compraventa desde la opción.

Creo que el contrato de financiamiento, tal cual está regulado en el título II de la ley, en lo que hace al leasing, tiene como idea fundamental la opción de compra, ya que se trata del financiamiento para el acceso a la vivienda. La idea es la construcción de viviendas como motor económico, como reactivación, no es la del simple uso para dar en locación todos estos inmuebles.

Considero que la línea de política económica que acá aparece es muy clara; aquí están privando esas dos líneas: instrumento de financiación y acceso a la vivienda mediante estructuras contractuales que permiten precisamente esa finalidad de la ley.

Si se me preguntara si va a haber leasing inmobiliario en la Argentina, diría que eso depende de una tercera variable, que la señalaré muy prietamente porque de ella podríamos hablar largamente. El problema reside en que va a ser rentable, porque todo capitalista que intente invertir en el leasing va a saber si la rentabilidad en función de un abanico de posibilidades es acorde con el capital a invertir y en función de otras variables. Quiere decir que no dependerá de que el contrato esté bien o mal hecho, sino de si hay rentabilidad en el leasing, variable que no está relacionada con nuestro trabajo. Y en esto, la ley no pareciera ser muy clara cuando hace referencia al valor de amortización de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados, lo que en realidad es un error legislativo, porque no es en función de los principios de contabilidad generalmente aceptados, sino en funciones de la tributación, que es una cosa totalmente distinta. Si agrego que voy a considerar el IVA y tengo que pagar Impuesto a los Ingresos Brutos, las cosas cambian porque es un problema tributario, no contable. No es necesario desarrollar este tema pero se los cuento porque representa una dificultad para acceder al leasing.

Resumiendo, diría que el leasing apunta a crear para el capitalista un instrumento de acumulación, que será rentable o no en función de las otras alternativas. Por otro lado -y quiero hacer mucho hincapié en esto- es una real opción para el acceso a la vivienda, pero también esto va a depender del tomador del leasing, porque vamos a ver que hay algunos problemas.

En función de estas dos cosas podemos empezar a ver el contrato de leasing. El primer problema que se plantea es si se aplica para construir viviendas o para viviendas ya construidas. Este es un punto crucial. ¿Puedo hacer un contrato de leasing -o como llaman los españoles, promesa de leasing- sobre una vivienda a construir? Yo hubiese querido que fuera así porque creo que era lo que se necesitaba, pero tal cual está redactada y estructurada

la ley, no creo que sea así. Aquí estamos hablando de un contrato de leasing sobre un inmueble ya construido, que es el que se va a entregar en leasing. Con esto no estoy calificando a este contrato como real, pero evidentemente la disponibilidad de uso del bien hace a la eficacia del contrato. Ya tenemos una limitación importante. Si tenemos tiempo vamos a decir algo sobre si es posible, a pesar de lo que dice la ley, la promesa de contrato de leasing, que podría ser un paso antecedente.

Tenemos regulado el contrato de leasing a partir de una vivienda ya construida. Aquí puede haber variables: puede ser para un pequeño inversor que haga de esto unidades aisladas o, lo que sería deseable, para una inversión masiva importante que sirva a lo que teleológicamente quiere la ley. Por eso mencioné antes el tema del contrato de adhesión.

En cuanto a los sujetos, el inc. a) del art. 27 se refiere a las entidades financieras, cuya definición no depende de esta ley N° 24441 sino de la Ley de Entidades Financieras N° 21526, de modo que hay una remisión indirecta a esta norma.

Continúa señalando dicho inciso que también pueden ser sujetos las sociedades que tengan por objeto la realización de este tipo de contratos, sociedades creadas específicamente para este tipo de operaciones. Aquí se puede plantear otro problema -que si tenemos tiempo lo vamos a analizar- en cuanto a la responsabilidad que establece la ley sobre los grupos económicos. Por ejemplo, la legislación alemana permite la existencia de grupo económico entre el constructor de la vivienda y el dador. De acuerdo con nuestra legislación sobre personas jurídicas se trata de personalidades distintas, y a los efectos de la responsabilidad - que después vamos a ver- esto tiene mucha importancia.

El tomador puede ser cualquier persona, física o de existencia ideal. Podría ser un consumidor, en cuyo caso sería aplicable la ley de defensa del consumidor. Entonces, podría haber una dualidad en la aplicación legal.

El inc. b) del art. 27 señala que el objeto del contrato de leasing deben ser cosas muebles individualizadas compradas especialmente por el dador a un tercero o inmuebles de propiedad del dador. En primer lugar, tenemos que decir que el objeto de los contratos no son cosas sino la regulación de relaciones jurídicas respecto de, porque el contrato es parte del derecho, y el objeto del derecho es regular relaciones jurídicas. El contrato es exactamente igual a la Constitución Nacional, solamente que el primero es ley circunstancial para las partes y la Constitución es ley para todos. De manera que allí hay un error de técnica legislativa.

En segundo lugar, la ley dice que las cosas deben ser de propiedad del dador. Consideraría una falta de respeto hacia ustedes explicarles qué quiere decir que sea de propiedad del dador. Es obvio que tiene que haber una inscripción dominial a nombre del dador. Aquí le quitaron la flexibilidad que tendría que tener el leasing, porque entonces el dador no puede asumir el compromiso de comprar para dar en leasing, que hubiera sido lo deseable ya que normalmente el negocio se maneja de esa forma; una empresa le da mandato a alguien para que ubique un inmueble dentro de determinada zona. Tendríamos que ver si puede haber promesa de leasing. Creo que podría haberse flexibilizado este requisito para facilitar el negocio.

El tercer elemento importante es la causa. La causa por la cual el tomador entra en el contrato del leasing, de acuerdo con la ley, es la opción de compra, es acceder a la propiedad del bien. El disfrute momentáneo, circunstancial, es mediato, no inmediato. Esto va a traer problemas, no a los escribanos ya que al ser una doble inscripción les va a resultar interesante para el ejercicio de su profesión.

El ejercicio de la opción de compra está planteado de dos formas: al llegar al 50 por ciento o antes si así se conviene. Me preocupa esto último, porque en estos contratos no se conviene nada sino que se impone. Tengo miedo que pueda aparecer una cláusula impuesta en estos contratos de adhesión para que la opción se ejerza antes de haber pagado el 50 por ciento

del bien, y de esa forma obtener una fácil rescisión o extinción del contrato por incumplimiento o ante la falta de opción.

El canon se fija teniendo en cuenta la amortización del valor de la cosa, conforme a criterios de contabilidad generalmente aceptados. Sería largo discutir este tema, pero no es solamente en base a esos criterios sino que tiene que ver el tema fiscal y el valor residual.

Pero acá aparece otro problema. En la ley de defensa del consumidor, cuando se venden cosas a plazo -después vamos a ver si esto es a plazo o es una condición-, o cuando hay alguna modalidad en el precio a través de módulos, tiene que haber una auditoría del Banco Central, que en la letra de la ley es muy seria. Yo me pregunto, en ese supuesto, los contratos de leasing, ¿necesitarán el requisito previo de la visación del Banco Central? De ser así, creo que no los van a poder inscribir nunca. He ido personalmente al Banco Central y ni siquiera hay una oficina específica funcionando. La ley lo impone, así como el detalle de la deuda, los saldos, la consideración de los intereses, etcétera.

En cuanto al tema de los plazos, me parece buena la ley porque es obvio que ya no tiene vigencia el plazo de locación que establece el Código Civil, a tal punto que hoy se violaba constantemente mediante un usufructo o alguna otra figura para poder asegurar que una inversión importante tuviera como mínimo un plazo de 20 o 30 años; quien invierte necesita plazos que le permitan recuperar su capital en función de la tasa de retorno de la inversión.

El art. 28, en relación con los fabricantes e importadores de cosas muebles, dice que en este contrato no serán válidas las renunciaciones a las garantías de evicción y vicios redhibitorios. Esa cláusula no la encontré en la parte referida al leasing sobre inmuebles, y eso me preocupó, porque quiere decir que puede haber renunciabilidad ya que se trata de derechos libremente disponibles por las partes. Pero son derechos disponibles en un contrato paritario; me preocupa cuando esa renuncia aparece impuesta en un contrato de negociación por adhesión. Y me llama la atención porque coincide con la línea de limitación de responsabilidad del art. 1113 del Cód. Civil. Enseguida volveré sobre este tema.

Tenemos también la cuestión de la inscripción, de la oponibilidad de ella, y de la doble inscripción. En mi modesta opinión de estudiante que trata de efectuar reflexiones, no creo que se pueda evitar la doble inscripción. Hay una primera inscripción que es la del contrato de leasing, donde el dador se reserva la propiedad. Esto es muy parecido a lo que los españoles llaman venta a plazo con reserva de dominio. Esa primera inscripción, dice el art. 30, se hará en el Registro que corresponda y tendrá efectos a partir de la inscripción.

¿Es cierto que es a partir de la inscripción, o que a partir de la fecha de celebración se hace retroactiva?

Sin invadir incumbencia alguna pregunto: ¿se necesita sacar los certificados de dominio para esta primera inscripción?

Si mal no recuerdo, aquí hay un problema de retroactividad, de vigencia, porque es muy importante determinar desde qué momento rige respecto de terceros, toda vez que después se refiere a los acreedores, a la quiebra. Es decir, establecer la fecha de inscripción o la fecha de la eficacia de la inscripción es importante. Muy modestamente, me inclino a pensar que si la inscripción se realizó dentro de los plazos vigentes de la validez de los certificados que se pidieron, se ha de estar como ante una escritura común, o sea, tiene retroactividad a la fecha de celebración del acto. Y esto es importante porque, reitero, todos los efectos están relacionados con esta situación; por ejemplo, la ley establece la oponibilidad a los acreedores de las partes y un contrato debidamente inscrito. Juzgo adecuada la solución de que la quiebra del dador no influya en el contrato del leasing, lo que se debe, como señalé, a que la teleología del contrato es la transmisión de la propiedad. Esto coincide con esa idea, porque si fuera un contrato de locación no sería así.

Recuerdo que en el Tercer Congreso sobre Daños, le dijimos al doctor Alegría -obviamente, un especialista en el tema-, que la quiebra ya no es más una solución en el siglo XX, que tal

cual está manejada es muy perjudicial para el cumplimiento de muchos contratos, que nada tiene que ver, que nada hace al patrimonio del quebrado. Este es uno de los supuestos. Coincido con la idea de que sigan corriendo los efectos, porque precisamente la teleología del contrato, el criterio final del contrato, es la transmisión de la propiedad. Tal vez después termine diciendo que la reserva del dominio era, como dicen los españoles, una garantía, es decir, cuando la reserva de dominio funciona como garantía y no como reserva de dominio en sí misma.

En el caso de la quiebra del tomador encuentro una inversión del concepto del silencio en el derecho al decir: "En caso de quiebra del tomador, dentro de los sesenta días de decretada, el síndico podrá optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo. Pasado ese plazo sin que se haya ejercido la opción, el contrato se considerará resuelto". ¿Por qué se va a adelantar la opción? ¿Por qué se invierte el principio del silencio, si el silencio no puede cambiar el estado jurídico? Si yo no digo absolutamente nada y continúo pagando mi canon, ¿por qué voy a adelantar la opción? Si en ese momento no tengo disponibilidad, es posible que el adelantamiento de la opción me obligue a rescindir el contrato y no efectuar la opción de compra.

Ese criterio es criticable y, más aún, me atrevería a decir que es inconstitucional porque yo tengo un derecho en expectativa que mi silencio no lo puede hacer cambiar, que tengo un derecho en expectativa que según el curso normal y ordinario de las cosas debo ejercer en determinado momento y una ley no puede cambiar mi derecho en expectativa y adelantarme esta situación. Pienso que esto va a traer problemas.

Vayamos al tema de la segunda inscripción. Dice el art. 32, que la transmisión del dominio se produce por el ejercicio de la opción de compra -primera condición-, el pago del valor residual -segunda condición- y el cumplimiento de los recaudos legales pertinentes de acuerdo a la naturaleza de la cosa -tercera condición-. Si no recuerdo mal, me enseñaron que debemos hacer una escritura; por tanto, ese contrato no es apto. Hay que hacer el modo, es decir, ahora hay que producir la traslación del dominio a través del instrumento apto y realizar la inscripción del documento para hacer de esa opción de compra un verdadero adquirente. Volvemos así a aquella doble inscripción que, pensando en voz alta, se podría haber obviado.

En el sistema español de la venta a plazos, la acreditación de los pagos implica prácticamente levantar una hipoteca y quedar efectivamente hecha la transmisión, sin necesidad de hacer ese segundo acto de traslación.

No quiero pensar en los problemas que se puedan plantear. Recién hemos hablado de la quiebra del tomador, pero ¿qué puede pasar en la quiebra del dador que, como es habitual en nuestro país, puede durar seis o siete años, con todos los inconvenientes que puede traer? Tal vez habría que ir pensando en cómo realizar el acto notarial a través de otras modalidades que impliquen dar mayor agilidad a esta situación. Así como una vez dijimos que era suficiente que el juez diera la orden de escriturar y alguien fuera a hacerlo, habría que ver cómo se puede solucionar este problema.

Veamos el tema de la responsabilidad. La ley establece que la responsabilidad objetiva del dador se limita al valor de la cosa entregada. Primer problema que se presenta. La responsabilidad objetiva no se limita, es un factor de atribución; lo que se limita es la cuantificación del daño, que es una cosa distinta.

Segundo problema: dice la ley que el tomador asume absoluta responsabilidad, pero agrega que aquella limitación funciona "si el dador o el tomador no hubieran podido razonablemente haberse asegurado". Ni siquiera puedo decir qué significa esto, porque estamos hablando de entidades financieras, de sociedades creadas para esos efectos, es decir, estamos hablando de hombres de negocios, y quien es o se transforma en hombre de negocio, su razonabilidad pasa por la relación costo-beneficio, no pasa por la razonabilidad del hombre que quiere asegurarse y no causar perjuicio a otro, pasa por otros niveles.

Esta disposición es un semillero de pleitos.

Pero supongamos que funcione esa limitación que, repito, no es a la responsabilidad objetiva sino a la cuantificación del daño.

En un país subdesarrollado hay que trasladar riesgos a los consumidores. Es lo que sucedió cuando se vetó el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, donde el art. 2177 establecía la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los fabricantes; es ideológicamente lo mismo que el veto a la ley de defensa del consumidor, donde se establecía la misma responsabilidad en el art. 40; y es lo que va a pasar cuando se vete la ley de patentes. Eso no sucede en un país desarrollado. Tuve la posibilidad de consultar la reglamentación del leasing en Norteamérica, y no hay limitaciones a la responsabilidad. En Australia, donde estuve hace dos años, tampoco hay limitaciones a la responsabilidad. Pero estamos hablando de un capitalismo serio y maduro.

En los países subdesarrollados damos grandes facilidades a los capitalistas rentísticos que vienen a depositar sus fondos para sacarlos rápidamente y obtener el mayor beneficio posible; en cambio no se promueve al capitalista maduro que viene a invertir a la Argentina. Todo esto está relacionado con el tema en análisis.

En la ley se establecen cuatro regímenes para demandar judicialmente la rescisión del contrato. No tengo tiempo para analizar cada uno, pero debo decir que son absolutamente avasallantes e inconstitucionales, pero además esto es perjudicial en muchos aspectos para el dador del leasing. Nosotros teníamos el régimen de la ley 23091 que decía que a todo aquel que dejara de pagar dos meses de arriendo se lo intimaba por diez días, y luego se iniciaba un proceso de desalojo, que en un país en serio, con jueces en serio, tendría que ser muy rápido.

Fíjense ustedes las modalidades que trae la nueva ley. En el inc. a) del art. 34 expresa: "Si el deudor hubiera pagado menos de un cuarto de la cantidad de períodos de alquiler convenidos, la mora será automática". La ley no tiene que decir eso. Ya sabemos que cuando uno no paga en la fecha prevista la mora se produce automáticamente. Esto se agregó para evitar la intimación que prevé la ley 23091.

Continúa el inciso: "y el dador podrá demandar judicialmente el desalojo; se dará vista por cinco días al tomador". Cada día sé menos de derecho procesal, pero entiendo que dar vista no es lo mismo que dar traslado a la demanda. La Constitución Nacional garantiza que todos seamos oídos en juicio previo, con la posibilidad de contestar demanda y oponer todas las defensas que creamos necesarias. El recorte que hace esta ley a esa garantía es absolutamente inconstitucional. Digo que esto va a ser perjudicial para el dador porque no le va a facilitar las cosas, porque se van a producir planteos de inconstitucionalidad y el pleito va a durar muchos años.

El inc. b) del referido art. 34 determina que si el tomador hubiese pagado más de un cuarto pero menos del 75 por ciento de los períodos de alquiler convenidos, el dador deberá intimarlo al pago del o de los períodos adeudados para lo cual el tomador tendrá un plazo de 60 días, que la ley no dice pero entiendo que son corridos. Aquí no es necesario que sean dos períodos impagos; basta que sea uno solo. En este aspecto, la ley es contradictoria para con el dador.

Creo que todos estos errores se deben a los apuros legislativos por sancionar la ley que desea el Ministerio de Economía, como la quiere el ministro, que no sabe de derecho.

Otra contradicción la encontramos en el inc. c) del mismo artículo, que dice: "Si el incumplimiento se produjese después del momento en que el tomador está habilitado para ejercer la opción de compra..." -que puede ser cuando abonó el 50 por ciento o antes si así se convino- "...o cuando hubiese pagado más de dos terceras partes (2/3) de la cantidad de períodos de alquiler estipulados en el contrato, el dador deberá intimarlo al pago y el tomador tendrá la opción de pagar en el plazo de noventa (90) días". Fíjense ustedes que si se hubieran mantenido las disposiciones de la ley 23091 para todos los supuestos, el tema

habría sido más claro. En cambio, al crear todas estas opciones se generan problemas. La ley es contradictoria cuando habla de los dos tercios porque la opción se puede ejercer antes.

En el inc. d) establece: "Producido el desalojo el dador podrá reclamar el pago de los alquileres adeudados hasta el momento del lanzamiento, con más sus intereses y los daños y perjuicios que resultasen del deterioro anormal de la cosa imputable al tomador". Me pongo del lado del dador y digo que no se deben sólo los intereses, porque estamos hablando de un capital que se coloca para obtener un rendimiento. Es un capital financiero, entonces es mucho más que los intereses. Esto es una autocontradicción del instrumento en sí mismo, que lo que quiere es atraer capitalistas para que obtengan un buen rendimiento, pero en esta situación le devuelven sólo los intereses.

¿A qué intereses se refiere la ley? ¿A los convenidos? ¿A los del plenario "YPF Corrientes", o a los del plenario "Uzal"? Este es un capital financiero. Si son los intereses convenidos y se trata de un contrato de adhesión, ¿van a ser del 1 por ciento diario, o del 34 por ciento mensual, u otra barbaridad como la que ponen los autoplanes? Entonces, otra vez a discutir en un juicio si los intereses son usurarios o leoninos. Me parece que todo este esquema tiene poca agilidad.

Supongamos que podemos concebir el contrato de leasing como relación causal entre el dador y el constructor de viviendas. El costo del dinero es tan alto que quienes desean acceder a bienes y servicios tienen que autofinanciarse, como es el caso de la medicina prepaga, los autoplanes, etc. El capitalista invierte lo menos posible. En este esquema de la ley, el capitalista ya puso el inmueble, entonces la solución pasa por el autofinanciamiento, cómo recoger previamente el dinero de los futuros adquirentes.

Creo que la solución podría ser un contrato triangular, donde el constructor asume la obligación de entregar al dador del leasing el mínimo determinado, y éste debe entregar en leasing al adquirente, usuario o tomador. Creo que es posible hacer este contrato porque es la única forma de solucionar el tema de la autofinanciación; de lo contrario, habría que armar algo mucho más complejo, con todo un contrato de prehorizontalidad y establecer después un contrato de leasing con estructuras separadas y sin ligarse unas con otras. No olvidemos que el art. 31 de la ley establece la facultad de subrogación; y esto sí que es un problema, porque si son contratos no concausados es distinta la acción que tengo por subrogación que la que tengo por iure proprio; en cambio, si el contrato se hace entre constructor, dador y tomador, la acción es mucho más directa y hay más posibilidades de ejecutar el contrato. Además así podemos aplicar esta ley en caso de que el constructor caiga en quiebra y hacer valer el contrato de leasing.

¿Qué va a pasar con las cláusulas exonerativas de responsabilidad que habitualmente se imponen en los contratos de adhesión? Hay algunas que pueden ser muy importantes y que están ligadas a otras que permiten al dador la resolución incausada. Cuando el tomador paga su cuota, no abona solamente el concepto de uso sino también la opción de compra.

En el caso de que estas cláusulas queden alcanzadas por la ley de defensa del consumidor, son nulas; si no son alcanzadas por esa ley, son nulas por aplicación de los principios generales del derecho, fundamentalmente el del art. 954 -que para mí es el más importante de la reforma del Código Civil-, donde por primera vez alguien en la Argentina dice que el contrato es un instrumento capitalista para obtener beneficios, pero beneficios equitativos, con limitaciones en el mercado.

A través de esas cláusulas estamos afectando cuestiones económicas de los contratos. Si dos personas compran dos heladeras iguales, pero una tiene garantía por 6 meses y otra por 2 años, el precio es distinto. En el caso del leasing puede pasar lo mismo a través de las cláusulas indirectas, llamadas económicas, que afectan el contrato. El art. 954 sirve como herramienta para este tipo de problemas; y el art. 1071 nos recuerda el mandato de la Constitución de Italia de que toda empresa en una economía capitalista tiene derecho a

comercializar bienes y servicios, pero sólo puede hacerlo en equidad y sin abusarse de su posición dominante en la economía.

Se puede presentar el problema de la ineficacia concausada de cláusulas. En el contrato triangular que mencionábamos, la ineficacia de una cláusula del contrato de leasing puede llevar a ineficacias concausadas de otro contrato, que me parece importante que suceda, porque pueden caer las cláusulas del leasing pero quedan las del otro que me pueden ser aplicadas. La cláusula de resolución incausada del dador del leasing es absolutamente imposible e intolerable.

Si la aceptamos como un derecho meramente potestativo dentro del contrato de leasing, estamos desnaturalizando la esencia del contrato que, en mi humilde opinión, reitero, tiene dos funciones: el financiamiento y la posibilidad de acceso a un inmueble. Si las quitamos a través de cláusulas de resolución incausada o de resolución incausada indirecta -esas clausulitas que nunca se terminan de leer ni de entender- se desnaturaliza la esencia del contrato.

Quiero citar dos antecedentes, nada más. La Corte de Casación de Francia, a partir de 1991, y el Tribunal Supremo de España, desde 1992, dicen que las cláusulas de resolución incausada son nulas, de nulidad absoluta, precisamente porque atentan a la esencia del contrato.

Además, el art. 12 del Leasing Internacional tampoco autoriza las cláusulas de rescisión incausada.

Volvamos a lo mismo: ¿queremos instrumentar el contrato de leasing? Hagámoslo seriamente. ¿Queremos ser un país capitalista? Seámoslo maduramente. Pero no busquemos encontrar por la puerta de atrás siempre obtener ventajas que en otros países no se logran. Pidámosle al que venga a invertir en la Argentina y que quiera hacer estos contratos, que los haga seriamente, con las mismas cláusulas con que los hacen en los países desarrollados, de lo contrario lo único que ganaremos será otra vez la fábrica de pleitos -lo que no le va a gustar al ministro de Economía-, y nuevamente vamos a estar en la famosa inestabilidad jurídica. Pero esta vez no seremos los abogados los que queramos la inestabilidad jurídica, van a ser los que hicieron esta ley y los que en la práctica la desnaturalizan con estos contratos de adhesión que, insisto, para mí son instrumentos idóneos en tanto y en cuanto respeten la equidad, pero cuando no lo hacen, son instrumentos abusivos de aquéllos que no pueden acceder por carecer de poder económico para ello.

Les agradezco su presencia, y les pido disculpas por no haber sido todo lo ortodoxo que debía ser, pero he aprendido que lo único que puedo transmitir es mi auténtica verdad, lo que me da la posibilidad de quedarme tranquilo con mi conciencia (aplausos).

ESC. HIRSCH.- Llegamos a la instancia de las preguntas.

La primera dice así: El art. 34, en sus incs. b) y c), superpone los plazos ya que el deudor puede adeudar más de las dos terceras partes, 66 por ciento, y por ello cae en el inc. c), y a la vez deber menos del 75 por ciento, con lo que caería en el inc. b). Esto creará problema y lógicamente los deudores querrán aplicar el inc. c), igual 90 días, mientras que los acreedores el inc. b), es decir 60 días.

DR. GHERSI.- Al comienzo de la reunión dijimos que esta diversidad de plazos no tiene sentido. Si a los autores de la ley 23091 no les gustaba el plazo de 10 días, hubiesen uniformado algún plazo.

El meollo de la pregunta es cierto: hay dualidad, ya que se puede estar en uno u otro inciso, lo cual es motivo de controversia, que no debía haber existido.

PREGUNTA.- ¿Qué sucede con los leasing sobre bienes registrables anteriores a la ley 24441 y que no se encuentran inscritos en los registros pertinentes, cuando se los pretenda descontar ante una entidad financiera hoy, en cuanto a la oponibilidad frente a terceros?

DR. GHERSI.- La ley no tiene efecto retroactivo. Lamentablemente hay que tratar de inscribirlos.

Omití señalar un tema importante, no para debatirlo ahora sino para pensarlo.

El contrato de leasing puede, a su vez, ser motivo de un contrato de factoraje, lo que puede ser muy interesante para el inversionista.

Otro tema para pensar: a pesar de la inscripción del contrato, ¿se puede vender el bien a un tercero?

Yo entiendo que sí, porque lo que se transmiten son los réditos.

PREGUNTA.- ¿El art. 27, inc.b), es de orden público o puede el tomador renunciar a ejercer la opción antes de agotado el plazo del leasing?

DR. GHERSI.- La opción de compra es un derecho disponible para el tomador. En ese caso puede renunciar; es un derecho renunciabile porque la ley lo pone a favor del tomador.

PREGUNTA.- Con esta ley en vigencia, ¿se puede seguir celebrando contratos de leasing o alquileres con opción de compra, excluyéndose expresamente la aplicación de esta ley o de alguno de sus artículos, por ejemplo el 34?

DR. GHERSI.- Si de la estructura del contrato surge que es un contrato de leasing, cae bajo las disposiciones de esta ley.

No se puede dar una respuesta genérica, hay que analizar cada circunstancia en particular, hay que introducirse en la estructura contractual, hay que sacarse los preconceptos y determinar qué se quiso hacer en el contrato; si se pretendió hacer un leasing, la ley regula el contrato de leasing, si se quería hacer una locación solamente, es una locación.

El tema se va a plantear cuando los malabaristas del derecho comiencen a hacer locaciones que quieren evitar esa opción de compra pero, por otro instrumento, dan la opción de compra, mas no es leasing sino opción de compra.

Hay que asir la realidad del negocio jurídico y sólo después ponerle nombre al contrato o decir qué contrato se toma, nunca antes. No me preocupa cuando en la parte superior dice "contrato de compra" y cuando termino de leerlo advierto que no es tal contrato, o cuando dice leasing y no lo es.

Hay que fijarse bien en la estructura del contrato y fundamentalmente atender a la causa motivo y a la teleología del contrato, y a partir de allí hay que aplicar los instrumentos legales que corresponden.

Mientras esperamos que nos alcancen otras preguntas deseo hacer un breve comentario sobre este tema.

En Estados Unidos se da un caso interesante que paso a señalar.

En cuanto a los arriendos, el contrato de leasing se puede hacer por contrato de factoraje. De este modo se puede entregar los arriendos y obtener dinero rápido, líquido.

Este contrato es muy importante para ese tipo de empresas porque uno de los elementos que hoy en día es más seguro en los contratos de factoraje es el contrato de servicio, porque el cliente es cautivo.

En cambio en los contratos de compraventa de bienes, cada día es más difícil el de factoraje. Me parece un buen instrumento para aconsejar si se desea un rápido recupero del dinero.

Por otro lado, ¿se puede transmitir la propiedad? Sí, porque es una condición fundamental; entonces no hay problemas.

PREGUNTA.- ¿Se podría celebrar el contrato de leasing entre particulares?

DR. GHERSI.- No, porque la ley establece claramente que uno de los sujetos -el dador- tiene que ser una entidad financiera o sociedad constituida para ese fin; los particulares son personas físicas.

PREGUNTA.- ¿Cuándo y cómo se manifiesta la finalidad de locar las cosas al tomador que establece el inc. b) del art. 27 de la ley? ¿Puede efectuarse esa manifestación en otro acto distinto a la compraventa?

DR. GHERSI.- Creo que se manifiesta desde el principio, porque es la vía para llegar a la opción.

PREGUNTA.- ¿Cómo se determina el valor residual? ¿Pueden ser de aplicación los porcentajes que aplica el derecho tributario para admitir la amortización de los bienes?

DR. GHERSI.- El tema va a estar ahí. Es muy difícil porque no sólo cuenta la amortización a los fines tributarios sino además los impuestos que indirectamente vayan a caer sobre esto. Supongamos que se aplica el IVA. Entonces el locador actuaría como agente de retención, con lo cual hay que disminuir ese valor que se retiene. Honestamente todavía no he podido determinar este tema. Considero que se aplica un cálculo financiero que no es fácil. Insisto en que la ley de defensa del consumidor determina que tiene que haber control del Banco Central.

Esc. ARAMOUNI.- He tenido oportunidad de conversar con varios contadores y coinciden con el expositor en la dificultad de la determinación, pero hay que considerar que la fijación del valor residual, y en relación directa con esta supuesta estabilidad económica, va a jugar un papel fundamental en la determinación del valor futuro.

DR. GHERSI.- Sin ninguna duda, por eso digo que es un problema financiero, no contable. Por eso decía que me preocupaban las cláusulas de rescisión incausada, ya que apuntan a eso. ¿Qué va a pasar cuando los valores residuales se desajusten o desactualicen y la ley prohíba la actualización? En la Argentina, la categoría del daño resarcible respecto del daño económico es más chica que la categoría jurídica de daño económico. La ley de convertibilidad prohíbe la actualización, y existe un desfasaje del 54 por ciento, que es daño económico no resarcible. ¿Qué va a pasar si en el futuro se produce un nuevo desfasaje y la ley continúa prohibiendo la actualización del valor residual? El dador va a utilizar una cláusula de rescisión incausada y con eso va a salvar ese desfasaje de valor, no de signo monetario, porque de ninguna manera va a querer entregar un bien a menos de su valor. El tomador va a tachar esa resolución incausada como de ejercicio abusivo, pedirá el reajuste equitativo, y se embarcarán en un juicio de diez años.

Por eso le pido a los funcionarios del Ministerio de Economía que dejen de redactar leyes, con el asesoramiento de algunos abogados, y hagamos leyes en serio si queremos un país en serio. Respetemos el derecho del capital a obtener réditos, pero démosle reglas de juego claras; estas reglas que se han dictado no son claras, y por eso se dice que en la Argentina no hay estabilidad Jurídica.

PREGUNTA.- ¿Qué pasa con el tomador que pagó el 75 por ciento y no puede seguir cumpliendo? ¿Pierde sólo los importes abonados?

DR. GHERSI.- No. Uno de los temas que me había planteado era si la opción de compra podía ser implícita. Es decir, si pagó más del 50 por ciento, implícitamente está aceptando o ejerciendo esa opción de compra, y en este caso en que dejó de pagar luego de haber abonado el 75 por ciento, la ejecución va a ser por el valor residual. El tema de la opción implícita es muy largo, pero en principio no se puede hacer perder a alguien el 75 por ciento del valor de la cosa que ya ha pagado. Repito que en el canon hay una sola parte que es por el uso, de modo que en ese caso habría un enriquecimiento sin causa -no indebido porque se lo debe- porque hay un desplazamiento patrimonial. Yo creo que es atacable.

PREGUNTA.- ¿Tiene que ser una sociedad constituida con ese objeto o puede ser una sociedad a la que se le adapta su objeto?

DR. GHERSI.- Entiendo que la ley dice que cuando la sociedad empiece a operar tenga ese objeto. Las sociedades que en este momento quieran dedicarse al leasing, por ejemplo que sean constructoras e inmobiliarias, tendrían que adaptar su objeto.

ESC. HIRSCH.- Cabría preguntarse si son sociedades con objeto exclusivo.

DR. GHERSI.- La ley dice "que tengan por objeto la realización de este tipo de contratos", no dice que tenga por objeto exclusivo. Mi preocupación es el tema de los grupos económicos, porque puede llevar a traslados de riesgos y responsabilidades en forma ficticia. Para eso tenemos el fallo "Pepsi Cola" que fue convalidado por la Corte.

ESC. HIRSCH.- Agradecemos profundamente la exposición del doctor Carlos Gherzi (aplausos).