

2. DERECHO MERCANTIL

EL LEASE-BACK COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE FEBRERO DE 2005.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—El 27 de enero de 1989, «M. Leasing, S. A.» procedió a la adquisición, mediante contrato de compraventa, de un inmueble de propiedad de «Emison, S. A.» por precio de 12.000.000 de pesetas. En escritura separada de la misma fecha, «M. Leasing, S. A.» cedió a los anteriores vendedores y, en arrendamiento financiero, el uso del inmueble previamente adquirido. En este segundo documento se pactó que, en caso de falta de pago de las cuotas establecidas, la entidad financiera podría optar entre dar por vencido anticipadamente el plazo fijado, reclamando todas las cuotas hasta el fin del contrato, o resolver éste, recuperando el inmueble, con retención de las cuotas percibidas y derecho a una indemnización del 5 por 100 del precio del mismo por cada mes que la arrendataria demorase su devolución.

Acacido el impago de cuotas, en el año 1993, se formuló demanda por «M. Leasing», solicitando se declarase resuelto el contrato y se condenase a «Emison» a dar cumplimiento a lo prevenido en el mismo para tal eventualidad.

Como quiera que por aquel entonces estaba vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la parte actora utilizó el cauce del ordinario de menor cuantía. En su escrito de demanda terminó suplicando que se dictara sentencia por la que: A) Se declarase resuelto y extinguido, en su integridad, el contrato de arrendamiento financiero —*leasing*— celebrado. B) Se condenara a los demandados a restituir a «M. Leasing» en la posesión del inmueble, objeto del contrato resuelto, poniéndolo inmediatamente a su disposición, libre de ocupantes y expeditos. C) Se condenara a la demandada «Emison» al pago de las cuotas devueltas que importaban un principal de 5.290.472 ptas. D) Se condenara a la demandada al pago de los daños ocasionados por su incumplimiento, así como al pago de los intereses por mora que correspondan, los cuales se cuantificarían en trámite de ejecución de sentencia. E) Se decretase la obligación de la demandada de pagar a «M. Leasing», después de resuelto el contrato, el 5 por 100 del precio de adquisición del inmueble por cada mes o fracción de mes que transcurriera desde la fecha en que la entrega debiera producirse. F) Se condenara a la demandada al pago de las costas causadas.

El 24 de febrero de 1995, el juez de primera instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda interpuesta «M. Leasing», condenando a la empresa demandada «Emison» a pagar a la demandante la cantidad de 5.290.472 pesetas, más los intereses al tipo del interés legal del dinero desde el día 24 de mayo de 1992, y absolviéndoles de las demás solicitudes deducidas contra él en la demanda. La Magistrado-Juez entendió que «no se había celebrado entre las partes una operación de arrendamiento financiero sino un préstamo con garantía real a través de pacto comisorio, no permitida en nuestro ordenamiento jurídico». Por ello, y dado que la actora no podía reclamar el inmueble, cuya propiedad nunca había perdido la demandada, estimó solo parcialmente la demanda, condenando a «Emison, S. A.» a las sumas antes referidas.

Apelada la resolución por «M. Leasing», la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 1998, confirmando la resolución del juzgador *a quo* en todos sus extremos.

«M. Leasing» interpuso recurso de casación contra el fallo de la Audiencia de Madrid, con sustento en los siguientes motivos:

1. En el primer motivo se denunciaba la infracción, por inaplicación, «de los artículos 1281.1 y 1.282 del Código Civil, así como de la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/1998, de 29 de julio, y del Real Decreto 771/1989, de 23 de junio». Afirma que «“M. Leasing” es una empresa de arrendamiento financiero, debidamente inscrita en el Registro Especial de dichas empresas y que, a instancias de la entidad demandada, había adquirido un local de ésta y se lo cedió a continuación en arrendamiento financiero, por el sistema de *lease-back* o *retroleasing*. Procedimiento que se encuentra admitido por la legislación y la jurisprudencia».

2. En el segundo motivo se alegaba infracción de la jurisprudencia. Se citan expresamente «las sentencias de 15 de marzo de 1995 —RJ 1995/2476—, según la cual el *leasing* es un instrumento de financiación más o menos sofisticado, como pueden ser el préstamo o la hipoteca, y la de 30 de julio de 1998 —RJ 1998/6607—, que se refiere a la distinción entre *leasing* y compraventa a plazos; así como varias otras de las que se desprende que la mayor o menor entidad del precio o valor residual, por el cual el usuario puede ejercitar la opción de compra, no influye en la calificación jurídica del contrato».

Doctrina.—En su sentencia, el Tribunal Supremo rechaza los argumentos de la entidad financiera recurrente. En primer término subrayando la función soberana de los Tribunales de instancia en la calificación de la naturaleza de los contratos y su interpretación. Y tal revisión sólo resulta procedente en casación si resultara ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales. El TS estima que tal condición no concurre en el supuesto de autos —F. D. Cuarto—. En consecuencia, se mantiene la calificación realizada por el juzgador de instancia que calificaba la relación entre la entidad de *leasing* y los arrendatarios como un préstamo con garantía real.

En segundo lugar, trae a colación dos sentencias de la misma sala —STS 16-5-2000, RJ 2000/5082 y 17-7-2001, RJ 2001/6860— para intentar justificar la diferencia entre el *leasing* y el préstamo de dinero. Según se dice, «mediante el *leasing* se trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa pero que, por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el *tantundem*».

En tal contexto, continúa, «mientras en el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto. Se añade que, dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra».

El TS considera que lo anteriormente dicho es lo que sucede en el supuesto de Autos y regulado por los dos contratos formalizados simultáneamente

por los litigantes. Ya que «Emison» no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria.

En consecuencia —acaba señalando la sentencia comentada— «la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a «M. Leasing» la devolución de la suma que prestaba a «Emison, S. A.» y el pago de los correspondientes intereses. Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, prohibición que inequívocamente se mantiene vigente ... las partes han optado por acudir al artificio de simular que «Emison, S. A.» vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de Ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados».

COMENTARIO

El contenido de estas líneas se centra en algunos aspectos de la sentencia de 10 de febrero de 2005 —RJ 2005/1405— que, a mi entender, resultan sorprendentes. Ciertas aseveraciones que se hacen sobre el arrendamiento financiero y, por extensión sobre el *lease-back*, parecen poco acertadas. El problema de la naturaleza jurídica del *leasing* financiero ha sido objeto de tratamiento en numerosos trabajos doctrinales. La disparidad de posiciones y la dificultad para encontrar lugares comunes ha sido ciertamente difícil. Y poco o nada ha ayudado que doctrina científica y jurisprudencia (1) se hayan manifestado de manera muy crítica y ciertamente errática en el tratamiento del *leasing* financiero.

El *leasing* financiero es una realidad contractual presente, con sus carencias, en nuestro tráfico jurídico y económico. Se celebran innumerables contratos de arrendamiento financiero porque los sujetos que participan en el tráfico se encuentran interesados en acudir a esta modalidad contractual. Y por idénticos motivos, se culminan otros tantos de *lease-back*. Las partes contratantes, entidad de crédito y usuario, creen que es lo más oportuno a sus intereses y cuentan con la cobertura jurídica necesaria. Por ello, no se puede estigmatizar a estas modalidades contractuales al socaire de planteamientos ciertamente rancios y restrictivos que hacen hincapié en las posibilidades que ofrece su uso fraudulento.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL *LEASING* FINANCIERO Y EL *LEASE-BACK*

Es notorio que el *leasing* financiero se ha extendido siguiendo una práctica nacida en USA. Se trata de una fórmula de financiación empresarial que fue calando inicialmente en nuestro país debido, entre otros motivos, a sus ventajas fiscales. Lo que resulta menos conocido es que la figura contractual

(1) BUITRAGO RUBIRA, J. R., *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

primigenia fue el *sale & lease-back* inmobiliario. Tras el *lease-back* apareció el *leasing* financiero, y no a la inversa, como es opinión generalizada.

El *lease-back* abriga una operación de *leasing* financiero, en virtud de la cual una empresa o profesional vende un bien de su propiedad —mueble o inmueble— de naturaleza instrumental para el ejercicio de su actividad a una entidad de crédito, la cual pasa a ceder en arrendamiento financiero al vendedor.

A diferencia del *leasing* financiero ordinario en el *lease-back*, la entidad de crédito no adquiere el bien a un tercero para cederlo posteriormente al futuro usuario. Lo compra al propio usuario que recibe el precio pactado por el bien. En el contrato de *leasing* financiero «común», la empresa pasará a utilizar un bien que estima conveniente para su actividad. Un bien que desea tener a su disposición pero que no posee. En el *lease-back*, la empresa propietaria de un bien lo enajena sin desprenderse de la posesión obteniendo como contraprestación liquidez inmediata.

1. La bilateralidad de ambos contratos

Cuando se estudia esta materia, los análisis suelen hacer referencia inmediata a esta circunstancia. La bilateralidad del *sale and lease-back*, frente a la trilateralidad del *leasing* financiero. Esto es, a la existencia de tres sujetos actuantes en la modalidad más común del *leasing* financiero. El tercer sujeto al que me refiero es el proveedor o vendedor que suministra el bien objeto del contrato al usuario. Y aunque en sentido estricto no forma parte del contrato de *leasing*, la presencia del proveedor coadyuva a la conclusión del mismo. La entidad de crédito adquiere, en virtud y ejecución del contrato de *leasing* financiero, el bien a esa concreta persona siguiendo las instrucciones del futuro usuario. La entrada en liza de la figura del proveedor, junto a la del usuario y la entidad de *leasing*, ha hecho que sea frecuente la llamada a la trilateralidad, como nota distintiva de este contrato.

Frente a esa pretendida trilateralidad como rasgo distintivo del *leasing* financiero, se encontraría la bilateralidad del *lease-back*. En él no aparece ese tercer sujeto. La relación se mantiene única y exclusivamente entre usuario y entidad de crédito. El usuario, que en el arrendamiento financiero selecciona o elige a esa tercera persona proveedora del bien, prescinde de su presencia al no ser necesaria. Y no se requiere porque el futuro usuario ya es propietario del bien que va a pasar a disfrutar, en calidad de usuario, tras su venta a la entidad de crédito.

Así las cosas resulta incuestionable la bilateralidad del *lease-back*, pero ¿se podría ser tan rotundo a la hora de predicar la trilateralidad como rasgo esencial del *leasing* financiero? A mi entender la respuesta es negativa. La trilateralidad es un elemento usual de la operación de *leasing* financiero, pero no consustancial al contrato que es estrictamente bilateral.

Como ya he tenido ocasión de señalar (2), el contrato no ha de desarrollarse necesariamente de tal forma. De un lado, la propia Disposición Adicional séptima excepciona la necesidad de llevar a cabo la adquisición *ad hoc* del

(2) BUITRAGO RUBIRA, J. R., «Leasing financiero: Incumplimiento del usuario en la Ley 1/2000», en *Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado*, núm. 34, 2001, pág. 122.

bien cuando la entidad de *leasing* ya fuera propietaria del mismo, por haber sido objeto de un contrato de *leasing* financiero anterior y el usuario no hubiera ejercido la opción de compra. Realizado un nuevo contrato sobre dicho bien, la relación que se materializaría entre entidad de crédito y usuario sería estrictamente bilateral. Tanto la «operación» de *leasing* como el «contrato» serían bilaterales, sin que ello alterara ni la función, ni la licitud, ni la esencia del contrato. En consecuencia, la concurrencia de uno de los tres sujetos mencionados —tercero proveedor— es coyuntural en sentido estricto. Su presencia no es en absoluto necesaria y, por tanto, ni configura, delimita o restringe la causa del contrato de *leasing* financiero.

Pero, además, la norma no exige observar requisitos impeditivos o restrictivos sobre la identidad del transmitente. No inquiriere, en modo alguno, que se trate de un tercero. Sus exigencias se manifiestan de forma muy clara. La entidad de crédito debe adquirir el bien siguiendo las indicaciones del futuro usuario con la finalidad de cedérselo.

En consecuencia cabe concluir que tanto *leasing* financiero y *lease-back* son contratos bilaterales. La nota de la bilateralidad es coincidente en ambas. Entidad de crédito y arrendatario financiero coinciden tanto en un contrato como en el otro.

2. *El elemento real del contrato*

El elemento real del contrato de *lease-back* consiste en la recepción por el usuario de una suma de dinero. El futuro usuario procede a enajenar un bien de su activo empresarial obteniendo a cambio el precio convenido, pero conservando su disponibilidad y, como contraprestación esencial, debe satisfacer las oportunas cuotas comprensivas de capital e intereses. Ya conocemos que la pretensión del usuario mediante esta modalidad contractual no es obtener la posesión de un bien concreto —como es característico del arrendamiento financiero— puesto que dicho bien ya se encuentra en su poder, sino obtener financiación directa. Obtener liquidez mediante la venta de un bien, mueble o inmueble, pero sin perder el uso y disfrute del mismo como consecuencia natural de la enajenación.

La peculiaridad apuntada parece distanciarlo del contrato de *leasing* financiero. En éste y tras la conclusión del contrato, la consecuencia directa es el disfrute de un bien ajeno a su ámbito posesorio, no la obtención o aumento de liquidez. Si aceptamos este rasgo como un elemento intrínseco del *leasing* financiero parece que no cabría predicar la identidad causal de ambos contratos y, en consecuencia su asimilación. Para intentar resolver la cuestión suscitada deberíamos analizar cuál es la función que desarrolla la entidad de crédito en un contrato y en otro. Plantear una cuestión e intentar vislumbrar una respuesta. La pregunta a responder sería: ¿cuál es la prestación realizada por la entidad de crédito en el contrato de *leasing* financiero y cuál en el *lease-back*?

3. *La entrega de dinero como prestación de la entidad de crédito*

Obviando las diferencias aparentes entre arrendamiento financiero y *lease-back* y analizando el auténtico sustrato del *leasing* financiero, desterrando

todo prejuicio acerca de su manida naturaleza jurídica, se puede predicar su identidad sustancial. Ambos contratos responden a una misma finalidad: la financiación del usuario. El análisis de la prestación de la entidad de crédito nos permite observar que la misma es idéntica en uno y otro supuesto.

La entidad crediticia procede a desembolsar, a instancia del usuario, una suma de dinero. Se trata de una operación típica de activo, en tanto en cuanto supone la salida de fondos de la entidad de crédito. Como contraprestación, y en ambos casos, el usuario se obliga al reembolso de la cantidad total, adecuadamente reflejada en el documento que recoge la voluntad de las partes, con la periodicidad pactada y en el lugar convenido. La principal obligación del usuario radica en el abono periódico de las cuotas comprensivas de capital e intereses. La entidad crediticia obtiene el correspondiente lucro empresarial a través del interés remuneratorio satisfecho por el usuario. En suma, tanto en el *lease-back* como en el *leasing* financiero, el arrendatario financiero remunera el uso (3) del dinero aportado por la entidad de crédito.

La diferencia estriba en que mientras en el *lease-back* el montante convenido se entrega directamente al futuro usuario, en el *leasing* financiero se entrega a un tercero a instancia de aquél. Esta nota no desvirtúa ni vicia la referida obligación de la entidad de crédito. Simplemente se trata de obtener la misma finalidad —entrega del pecuniario— bajo cauces distintos.

La financiación, elemento esencial de todo contrato de arrendamiento financiero, es precisamente lo que justifica el trato de favor que la legislación fiscal le otorga. Ello es predicable, en su modalidad de *lease-back*, en el que el vendedor del bien a la sociedad crediticia es la propia empresa que lo va a disfrutar en virtud de un título distinto como usuario o arrendatario financiero.

Así las cosas, no parecen muy acertados los argumentos esgrimidos en la sentencia objeto de comentario. La sentencia afirma que «mientras en el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto, y dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra».

En el *leasing* financiero no se financia «la futura adquisición de un bien». Entre otros motivos porque la adquisición del bien es una de las facultades que tiene el usuario al finalizar el contrato, pero no la única.

La finalidad típica del *lease back* es estrictamente financiera, ya que se sostiene en la enajenación de un activo empresarial, con el consiguiente flujo de tesorería a favor de la entidad enajenante, y su simultánea recompra a través del arrendamiento financiero. Con ello la entidad enajenante no pierde la disponibilidad del activo vendido, adquiere tesorería y, además, se beneficia de la deducibilidad de las cuotas a satisfacer por el arrendamiento financiero. Pasa a tener el derecho de uso del bien, y sólo volverá a recuperar su propiedad si, tras la finalización del período de cesión, hace valer su derecho de opción de compra.

La financiación es un elemento esencial del contrato. Permite que la empresa financiada pueda seguir desarrollando su actividad y obtener unas sumas que, entre otras cosas, le permitirán devolver a la entidad de crédito la

(3) GARCÍA GARNICA, M.^a C., *El régimen jurídico del leasing financiero e inmobiliario en España*, Aranzadi, 2001, pág. 149.

financiación recibida. De modo que, como es evidente, si no hay financiación no existe arrendamiento financiero como tal y tampoco en su modalidad de *sale & lease-back*.

II. *TRADITIO FICTA* EN EL *LEASE-BACK*: UN SUPUESTO DE *CONSTITUTUM POSSESSORIUM*

La sentencia comentada sostiene que con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, «...las partes han optado por acudir al artificio de simular que “Emison, S. A.” vendía un inmueble, si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de Ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados».

Al hilo de tal afirmación parece conveniente realizar un breve apunte sobre la transmisión de la propiedad en el *lease-back*.

Como es sabido, se designa con el nombre de *constitutum possessorium* aquella especie de *traditio ficta* en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc. Es decir, el poseedor inmediato —transmitente— persiste en su relación con el bien, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro —el adquirente—. El Código Civil no la prevé expresamente, pero se puede considerar que cabe en la tradición instrumental del artículo 1.462, segundo párrafo, o en el 1.463.

La venta con reserva de usufructo en favor del vendedor es una hipótesis típica de *constitutum possessorium*. Es la situación inversa a la *traditio brevi manu*, ya que en ésta la tradición se produce por el solo acuerdo o conformidad si el adquirente tenía la cosa por algún otro motivo —*ad ex*, ser arrendatario de ella—. La *traditio brevi manu* se contempla en el artículo 1.463 del Código Civil, y aunque allí se refiere a los bienes muebles, la mejor doctrina entiende que ningún obstáculo hay para extender su aplicación a los bienes inmuebles (4). Este precepto señala que, para la entrega de bienes muebles, se entenderá hecha si el comprador ya la tenía la cosa en su poder por algún otro motivo. En el *constituto posesorio*, el transmitente continúa en la posesión de la cosa pero en concepto distinto; se opera un cambio en la *causa possessionis* y el vendedor pasa de poseer *pro suo* a poseer *pro alieno*.

Cuando por circunstancias de carácter negocial —contrato de *lease-back*—, el actual poseedor —vendedor— traslada la titularidad sobre el bien y, no obstante, retiene en virtud de otro título —arrendamiento financiero—, la posesión de la misma, *constitutum possessorium*, es posible entender que, si, en principio, el titular que luego vende es un poseedor en nombre propio, posteriormente, al enajenar su dominio y mantener la posesión material a través del arrendamiento financiero se convierte en poseedor en nombre ajeno.

En palabras de HERNÁNDEZ GIL (5) el constituto posesorio sería «una hipótesis similar a la del pacto de reserva de dominio por cuanto se contrae al

(4) Se admite en el caso que resolvía la STS 12-4-1957 —RJ 1957/2499—; también en la de 17-12-1984 —RJ 1984/6286—, que trataba de venta de inmueble con reserva de usufructo.

(5) HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, 1980, pág. 313.

alcance de los efectos de la transmisión, pero de función inversa, porque mientras el pacto de reserva de dominio mantiene hasta un tiempo determinado la propiedad en el vendedor, en cambio en el constituto posesorio la transmisión de la propiedad se produce, si bien el enajenante conserva o adquiere algunas atribuciones sobre la cosa inferiores a las que transmite».

El constituto posesorio requiere una voluntad de las partes dirigida a dar nacimiento a una relación jurídica concreta. No son posibles el constituto posesorio *ex lege* ni el abstracto. Tácito puede serlo en la medida en que quepa inferirlo de un comportamiento que implique una manifestación de voluntad en tal sentido.

No parece admisible un constituto abstracto o presunto. El hecho de que el enajenante de una cosa la conserve en su poder no significa que haya un constituto posesorio. Si, conforme al artículo 1462.2.º, el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa, ello no quiere decir que, cuando no se ha entregado, el enajenante tenga derecho a poseerla en virtud del constituto posesorio. Que la escritura pública equivalga a la entrega, no exime al vendedor del cumplimiento de la obligación de entrega.

Al igual que el arrendamiento financiero, el *lease-back* necesita un marco legal claro y preciso, pues poco ayuda a la seguridad del tráfico que su regulación vaya surgiendo de forma fragmentada y asistemática. Por lo que respecta a la doctrina emanada del Tribunal Supremo, cabe predicar lo mismo, pero, si cabe, ir un paso más allá. No ver negocios fiduciarios, una venta en garantía o negocios simulados donde sólo exista un contrato bancario de financiación; el contrato de *leasing* financiero en su modalidad de *lease-back*. El fraude y la elusión de normas se produce en el devenir jurídico pero afortunadamente suele ser la excepción y no la regla.

JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA