

Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. MARCO EN QUE TIENE LUGAR LA CONEXIÓN: EL DERECHO DE SUPERFICIE Y EL CONTRATO DE LEASE-BACK: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SITUACIÓN EN LA QUE PUEDE ENCONTRARSE EL BIEN INMUEBLE: A) *Inmueble futuro objeto del contrato de leasing en proyecto o en construcción:* a) Solar propiedad del futuro arrendatario-usuario que concede a la sociedad de *leasing* un derecho de superficie, cediéndose posteriormente lo edificado o propiedad superficiaria de la sociedad en arrendamiento financiero al **usuario**. b) Concesión administrativa del derecho de superficie al usuario del suelo, y utilización del *leasing* para la financiación de la obra realizada por la compañía de *leasing*. c) *Leasing* inmobiliario a través de la figura de los derechos de sobreedificación o **subedificación** superficiaria, sobre un edificio ya **construido**. d) Solar propiedad de la sociedad de *leasing* (previa compra al usuario) que concede al usuario un derecho de superficie, edificando éste por su **cuenta**.—B) *Inmueble ya construido*.—III. PROBLEMAS ACTUALES MAS FRECUENTES QUE PUEDE PLANTEAR LA UTILIZACIÓN DE ESTA OPERACIÓN DE LEASING INMOBILIARIO: 1. DURACIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING: A) *Plazo:* a) **Requisitos**. b) Problemas relativos al **plazo**. c) **Prórroga**. d) Disminución del **plazo**.—B) *Plazo para realizar la edificación*.—2. OPCIÓN DE COMPRA Y REVERSIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA: A) *Introducción*. B) *Ejercicio de la opción:* a) En sentido **positivo**. b) En sentido **negativo**.—C) *Adquisición del suelo por la compañía de leasing*.—3. ONEROSIDAD DE LA OPERACIÓN DE LEASING. 4. TRANSMISIBILIDAD. 5. INSCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING: A) *Introducción*. B) *Requisitos específicos necesarios para su inscripción*.—IV. EFECTOS DE ESTA OPERACIÓN DE LEASING: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INMUEBLE SIN CONSTRUIR. 3. INMUEBLE CONSTRUIDO.—V. CONCLUSIONES.—VI. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos han sido los estudios que se han realizado sobre el *leasing* en general, y también sobre el *leasing* inmobiliario. Nuestra intención con la realización del presente trabajo consiste en reflexionar sobre alguna de las cuestiones más problemáticas que se plantean en lo que se configura como un tipo especial de *operaciones de leasing*, concretamente en la conexión del *leasing* inmobiliario con el derecho de superficie (1).

A falta de regulación sustantiva (2) y tras exponer los problemas suscitados en la conexión señalada, nuestro interés se centra principalmente en analizar las soluciones que caben, o las que se están arbitrando en la práctica. Para ello es necesario partir de conceptos como el de *leasing* inmobiliario y derecho de superficie.

De todos es sabido que el *leasing inmobiliario* es una modalidad dentro del arrendamiento financiero, consistente en la compra y construcción (aunque como veremos, a veces ya está construido) por una sociedad especializada de un local de uso industrial o comercial, con el fin de cederlo en arrendamiento (a mi juicio sería más correcto señalar a cambio del pago de

(1) Según la información facilitada por la AEL (Asociación Española de *Leasing*) se ha estimado que la inversión total de las Empresas de *Leasing* en 1994 ha sido de 559.438 millones de pesetas, de los cuales 117.270 se han invertido en el sector del *leasing* inmobiliario, es decir, un 20,96% de la inversión total.

La evolución de la inversión en inmuebles ha ido en descenso desde 1991, año en que se alcanzó la cifra de 168.071 millones de pesetas, frente a los 117.270 millones de 1994 (la crisis ha supuesto un descenso del 30,23%).

En cuanto a nuestra situación con referencia a los demás países europeos hemos de señalar que en 1994, Alemania ocupó la primera posición en la inversión en *leasing* inmobiliario (5.715 millones de ECUS), seguida de Francia (3.694) y de Italia (1.988), siendo España la cuarta potencia europea con una inversión de 738 millones de ECUS.

Cabe señalar, en cuanto a la clasificación del *leasing* inmobiliario por tipo de edificio en 1994, que España ha destinado 331 millones de ECUS en edificios industriales (frente a los 1.143 de Alemania), 80 a estructuras e instalaciones (frente a los 1.429 de Alemania), 66 a oficinas (frente a los 2.286), 82 a hoteles (frente a los 114 de Alemania), 1 a servicios públicos (frente a los 286 de Alemania) y 178 destinados a otro tipo de edificaciones (frente a los 457 de Alemania).

Por último, indicar que España establece como plazo de duración genérico del *leasing* inmobiliario de ocho a dieciséis años, mientras que las inversiones alemanas crecen a la vez que se aumenta el plazo de duración de los contratos, siendo el plazo de dieciséis a veinte años el más utilizado (2.857 millones de ECUS) seguido del plazo superior a veinte años (de 1.715 millones de ECUS).

(2) En España toda la reglamentación del contrato de *leasing* está incluida en disposiciones de naturaleza jurídico-fiscal. El Real Decreto 15/77, de 25 de febrero era una norma típicamente fiscal referida a medidas fiscales, financieras y de inversión pública, e idéntica naturaleza tenía el Decreto 1699/80, de 31 de julio, referido a *leasing* sobre bienes inmuebles. Incluso la última regulación existente sobre esta figura es la contenida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Intervención y Disciplina de las Entidades de Crédito.

un canon —cuya composición debe **determinarse**—, porque considero que no es un arrendamiento), a un usuario con el compromiso de venta (como a lo largo del presente trabajo vamos a analizar, considero mejor señalar: con la opción de compra), lo cual permite al usuario, después de un periodo irrevocable, convertirse en propietario del bien o proseguir su arrendamiento (3).

La doctrina (4) ha distinguido dos modalidades básicas de *leasing* inmobiliario. Por un lado, el *leasing inmobiliario trilateral*, y, por otro, el *leasing inmobiliario bilateral*, también denominado «*lease-back*», *retroleasing*, *leasing de retorno*, o «*sale and lease-back*».

Dejando a un lado el primero de ellos (5) vamos a detenernos en el *lease-back*, como de ahora en adelante vamos a denominarlo, que es el

(3) La definición está tomada de AMORÓS GUARDIOLA («El *leasing* inmobiliario y su inscripción **registral**», *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 774 y sigs.; y también en *RCDI*, 1985, págs. 863 y sigs.).

No obstante, quiero recoger la definición otorgada por la STS de 30 de junio de 1993 (R.A. 5336), que la califica en su Fundamento de Derecho segundo «como la operación realizada por una empresa, cediendo en alquiler bienes inmuebles para uso profesional, comprados por ella, o contruidos a su cargo, cuando estas operaciones, cualquiera que sea su calificación permiten al arrendatario convertirse en propietario de todo o parte de los bienes adquiridos, lo más tarde a la expiración del arriendo, ya sea por cesión de la propiedad del inmueble, en cumplimiento de una promesa unilateral de venta, o bien por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad del terreno sobre el cual se ha edificado el inmueble arrendado».

(4) GARRO («El *leasing* inmobiliario: Algunos problemas jurídicos que se plantean en el Derecho argentino», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 897 y 898); CASADO BURBANO («El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 861 y sigs.); MENÉNDEZ («El *leasing* inmobiliario y sus repercusiones jurídico-fiscales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 894 y sigs.), y MANZANO SOLANO («La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad», en *Jornadas del leasing sobre inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, págs. 177 y sigs.).

(5) El contrato de *leasing inmobiliario trilateral* es aquel por el cual la compañía de *leasing* cede a largo plazo, uno o varios inmuebles de uso profesional o industrial que adquiere por cuenta del usuario. En él, tanto una persona física como una persona jurídica, pueden acceder al disfrute de un determinado bien inmobiliario, concertando un contrato con una sociedad de *leasing*, la cual se compromete a adquirirlo del proveedor o vendedor del inmueble, o, a adquirir el solar y construir, y, ponerlo a disposición del cesionario-usuario en el plazo convenido, cediéndole el uso por un periodo único y mediante un precio global cuyo pago se efectúa en los plazos acordados,

contrato por el cual el propietario de un bien inmueble lo vende a otra persona, la cual se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado periodo de tiempo (6).

La forma más usual es la compra por la sociedad arrendadora o de *leasing*, de un solar al cliente con vistas a realizar una construcción y posterior arrendamiento financiero del edificio al vendedor, aunque como veremos a continuación también es posible, al menos desde el punto de vista teórico, su concreción en otras modalidades.

Es aquí donde surge la conexión de este contrato con el derecho de superficie. Pues este tipo de *leasing* inmobiliario necesita una figura jurídica cuya finalidad sea la desmembración de la propiedad, en base precisamente a la venta para la concesión en *leasing* y su posterior recuperación. Y, recordemos como dicha finalidad se cumple con la institución **superficiaria**. Por «derecho de superficie» entendemos el derecho real sobre finca ajena por el cual el concedente otorga al titular **superficiario** el derecho de edificar y mantener la edificación **superficiaria** separada sobre su suelo.

De esta forma se consigue que el propietario de un terreno, conceda un derecho real sobre el inmueble —**derecho de superficie**— a cambio de un capital, derecho que lleva consigo facultades **arrendaticias** para que la sociedad de *leasing* lo transmita a su vez, pero *sólo* al **usuario-dueño**, en *lease-back*, de manera que el propietario en base al *leasing* lo disfruta en concepto de arrendatario —sin olvidar que continúa siendo el dueño del suelo que concedió un derecho de **superficie**— pudiendo **readquirirlo** posteriormente mediante una opción.

A efectos de nuestro estudio resulta interesante señalar como dentro de este derecho real de superficie podemos diferenciar dos modalidades, la *modalidad urbana común*, que surge de la mención del artículo 1.611 del Código Civil, de la derogación del principio de accesión, y, al amparo del *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento. Y, la *modalidad urbanística*, dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración, cuyas normas (recogidas por la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, en sus arts. 287 a 290) tienen el carácter de imperativas,

pudiendo el usuario al término del periodo de uso, devolver el bien o ejercitar opciones de prórroga, mediante la celebración de un nuevo contrato, o de compra del bien, mediante el pago del precio o valor residual.

(6) A juicio de FELIÚ REY («Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o "leasing de retorno"», en AC, núm. 23, 6/12 de junio de 1994, pág. 430), la finalidad del *lease-back* es «reparar los fallos financieros de programas anteriores que no han ido como se había planificado, de tal forma que esta fórmula se aproxima mucho al crédito puro». También es una figura que facilita la expansión de la economía, permitiendo a ciertas empresas efectuar nuevas inversiones, sin perder por ello la disposición de sus medios de producción existentes.

aplicables no sólo a los supuestos de constitución sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal, sino a todos aquellos en que dicha constitución tenga como objeto bienes de pertenencia pública, cuya finalidad consiste en el fomento de la construcción o su utilización como instrumento de intervención en el mercado del suelo.

II. MARCO EN QUE TIENE LUGAR LA CONEXIÓN: EL DERECHO DE SUPERFICIE Y EL CONTRATO DE *LEASE-BACK*

1. INTRODUCCIÓN

Tras esta breve exposición de conceptos necesarios para nuestro estudio, y como acertadamente señala GARCÍA SOLÉ (7), se debe diferenciar entre *operación de leasing* y *contrato de leasing*.

Pues bien dentro del primer concepto apuntado se producen una serie de actos y de negocios jurídicos donde precisamente tiene lugar el contrato de *leasing*, en su modalidad de *lease-back*, y el derecho de superficie, objeto del presente análisis (8).

(7) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario», en *AC*, núm. 8, 21/27 de febrero de 1994, pág. 136.

(8) Con carácter general, y haciendo referencia al *leasing* inmobiliario, RICO PÉREZ (*Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por leasing en España*, Reus, Madrid, 1974, pág. 43); CASADO BURBANO («El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales»..., *op. cit.*, pág. 862), y AMORÓS («El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral»..., *op. cit.*, pág. 796) señalan los beneficios conseguidos por ambas partes.

En esta operación de *leasing* objeto de reflexión, además, podemos señalar que:

— El propietario del edificio o local, en el supuesto de cesión del derecho de superficie sobre inmueble construido, percibe al contado el valor del mismo, sin perder su utilización. O, en el caso de edificio por construir, percibe el valor del vuelo aumentando sus expectativas de utilización con el edificio que se construya.

Posteriormente, sólo tiene que pagar las cuotas previstas que pueden ser con cargo a los rendimientos que la empresa produzca, y podrá, a su vez, deducirse como gasto la totalidad de lo que pague a efectos fiscales, pudiendo optar al final del plazo por la adquisición del inmueble por un valor inferior al primitivo reservándose las expectativas de plusvalías (aunque en diez años la revalorización de los terrenos puede no ser muy grande). También se reimpulsa su actividad sin necesidad de ocupar sus líneas habituales de financiación.

— La financiera, que no transmite ni su derecho de superficie ni su propiedad superficiaria separada conserva la garantía que se deriva de los mismos, pudiendo calcular anticipadamente los rendimientos de la cantidad entregada, a través de las cuotas pactadas y del valor residual, además de las posibilidades de dar por extinguido el arrendamiento financiero al cumplirse el plazo pactado, siempre con anterioridad a la extinción del derecho de superficie.

2. SITUACIÓN EN LA QUE PUEDE ENCONTRARSE EL BIEN INMUEBLE

A) *Inmueble futuro objeto del contrato de leasing en proyecto o en construcción*

A continuación vamos a exponer brevemente las combinaciones posibles, para un posterior análisis de los problemas que se suscitan.

- a) Solar propiedad del futuro arrendatario-usuario que concede a la sociedad de *leasing* un derecho de superficie para la construcción de un inmueble y la posterior cesión de la construcción edificada o propiedad **superficiaria** de la sociedad en arrendamiento financiero al usuario

En este supuesto, que es el más extendido, sólo se cede el derecho de superficie, y, por consiguiente, el derecho de construir la propiedad superficiaria separada. La sociedad de *leasing* se convierte en propietaria superficiaria pudiendo ceder la construcción en arrendamiento financiero a su concedente, titular de un derecho de propiedad sobre el suelo, y usuario del futuro edificio en *leasing* (9).

(9) Díez MONTERO («Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *leasing*, emitido a cargo de A., S. A.», en *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, págs. 153-177) afirma la posible «constitución de un derecho de superficie a favor de la compañía que puede hacerse de forma gratuita (art. 172 LS) y por un plazo determinado. El plazo de construcción no hace falta que se exprese ya que se deriva de las normas del planeamiento, salvo que las partes pretendan uno de inferior duración al señalado. Sería **prorrogable** por causa justificada y con autorización de los órganos urbanísticos».

De las palabras transcritas se deduce que el citado autor está pensando en lo que hemos denominado modalidad urbanística del derecho de superficie, pues se refiere al anterior art. 172 de la Ley del Suelo de 1975, actual art. 288 de la Ley del Suelo de 1992.

En concreto creemos que se refiere a la posible *constitución del derecho de superficie por la Administración en favor de una compañía de leasing*.

Consideramos oportuno detenernos en analizar, si cabe o no, esta posibilidad.

La figura del derecho de superficie estuvo pensada en un principio, como fomento de la construcción por la Administración municipal principalmente, pero hoy su finalidad es la de ser un instrumento de intervención en el mercado del suelo. Esto nos da la pauta para pensar que es difícil que en la práctica se dé el supuesto (de hecho no tenemos conocimiento de que se haya producido), y ello porque la sociedad de *leasing* es una Entidad de Crédito, sus intereses no se centran en la construcción de inmuebles, y, por consiguiente, nunca va a darse en la realidad.

Otra cuestión sería que la Administración municipal concediese el derecho de superficie a la sociedad de *leasing* con la finalidad de financiarse a sí misma, supuesto que puede resultar interesante como medida de financiación no sólo de viviendas de carácter social, sino para la ejecución de proyectos de interés social.

- b) Una subespecie de esta modalidad sería, a mi juicio, el supuesto de la concesión administrativa al usuario del suelo, y posterior utilización del contrato de *leasing* para la financiación de la obra

En este caso, habrá que tener en cuenta la posibilidad de la **transmisibilidad** de la concesión administrativa a la compañía de *leasing* y, sobre todo, su plazo de duración.

En el caso de que no hubiese ninguna limitación a la libertad de disponer, tan corriente en la concesión del derecho de superficie por el Ayuntamiento, y siendo por consiguiente, la concesión transmisible, o susceptible de constituir sobre ella derechos de titularidad ajena o cargas, si el plazo de duración de la misma es superior a diez años (que lo suele ser, pues imperativamente su plazo de duración máximo —que no mínimo— es de setenta y cinco años), es decir, al contrato de *leasing*, esta modalidad será posible.

- c) Considero que también es posible constituir una operación de *leasing* inmobiliario a través de la figura de los derechos de subedificación o **subedificación superficiaria**, sobre un edificio ya construido

En este supuesto hay que distinguir si el edificio pertenece al futuro usuario (ya sea en su totalidad, o ya sea propiedad de varios condominos) o si el inmueble es propiedad de la sociedad de *leasing*.

No debe olvidarse que en ningún caso su destino puede ser el uso de viviendas, en base a la prohibición contenida en el Real Decreto 1699/80, de 31 de julio (10).

El fundamento de la coexistencia de ambos derechos reside en la posibilidad de levantar una o varias plantas y financiarlas a través del contrato de *leasing* (11) o de **subedificar** varias plantas de un edificio.

(10) No obstante, puede resultar ventajoso para la edificación de oficinas o empresas dedicadas a las viviendas de alquiler, o simplemente de plazas de garaje... pero en ningún caso podrán realizarse contratos de esta naturaleza sobre bienes destinados a vivienda o que no sean necesarios para ser afectados, durante toda la vigencia del contrato, a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales.

(11) También puede tratarse del supuesto en el que el mismo promotor del edificio se haya reservado estos derechos y los ceda a un tercero que será el usuario del contrato de *leasing* y quien los ceda a la sociedad de *leasing* para edificar.

- d) Solar propiedad de la sociedad de *leasing* (previa compra al usuario) que concede al usuario un derecho de superficie, edificando éste por su cuenta

En este supuesto la operación de *leasing* opera de diferente manera de las hasta ahora estudiadas, pues por un lado la sociedad de *leasing* concede un derecho de superficie sobre su propiedad, y por otro, el arrendamiento financiero queda circunscrito únicamente al solar, el cual es financiado por la sociedad de *leasing* pero sin pérdida de su titularidad dominical (12).

Una subespecie de esta modalidad sería el supuesto en el que la sociedad de *leasing* es dueña de un edificio (13) (ya sea por compra directa o de un inmueble que no ha sido recuperado por el usuario) y concede sobre él un derecho de superficie, de manera que la sociedad conserva la titularidad dominical del suelo y el *superficiario* se convierte en usuario del edificio.

Aquí debemos distinguir si el edificio no ha sido recuperado por un usuario en el momento de la opción de compra, de si es un bien inmueble propiedad de la sociedad de *leasing*. No cabe ninguna duda acerca de la posibilidad en la práctica del primer supuesto enumerado porque precisamente se trata de la excepción contemplada en el párrafo 2.º del apartado 1.º de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que mantiene que «en el supuesto de que el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario».

Por el contrario, el segundo supuesto no es utilizado en la práctica, como consecuencia de lo que puede parecer una rigurosa interpretación

(12) Supuesto recogido por BENAVIDES DEL REY («Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», en *RCDI*, núm. 558, septiembre-octubre 1983, pág. 1210).

Según RUEDA PÉREZ («Aspectos sustantivos del *leasing* sobre inmuebles», en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, pág. 99) se trata de un supuesto nada frecuente, pues por el valor de los inmuebles, lo normal es tratar de financiar la edificación con preferencia al solar. Además hay que tener en cuenta la imposibilidad de desgravación de las cuotas correspondientes al solar, habida cuenta de la condición de elemento no *amortizable* del solar que lleva al usuario a no contratar dicha operación.

Cuestión que en la actualidad está superada como veremos en la nota núm. 17.

(13) Aunque debería tratarse en el punto siguiente, cuando el derecho de superficie tiene como objeto una propiedad *superficiaria* ya edificada, consideramos oportuno que por la unidad con el tema objeto de reflexión, sea analizado en este momento.

literal del apartado 1.º de la citada Disposición la cual señala que el inmueble objeto del arrendamiento debe ser adquirido por la sociedad financiera según «las especificaciones del futuro usuario». No obstante esta interpretación tiene su lógica, pues desde la perspectiva del legislador las sociedades de *leasing* son únicamente Entidades de crédito, y no deben prevalecerse de su situación y finalidad para arrendar financieramente bienes inmuebles propios.

B) *Inmueble ya construido*

Partiendo de la consideración de la institución **superficiaria** como el derecho de mantener en terreno ajeno una construcción ya existente, ésta puede ser igualmente objeto de *leasing*.

Tras el análisis realizado de todos los supuestos, el más utilizado en la práctica es aquél en el que el futuro usuario es propietario del solar y de la edificación preexistente sobre el mismo (14). Al usuario puede interesarle cederla en superficie a la compañía de *leasing* para que ésta sea titular superficiaria (15) y, posteriormente se le ceda en arrendamiento financiero. De esta manera el usuario consigue la reconversión del bien inmueble (por ejemplo, la fábrica), amortizándose los gastos que ello originaría de una manera más pausada y dilatada en el tiempo, a través de las cuotas de la sociedad de *leasing*.

En principio podría pensarse que en este supuesto el problema radicaría, en que el carácter de la sociedad de *leasing* es más financiero (16), que una «empresa dedicada a la reconversión y al mantenimiento», por lo que tal vez no estaría dispuesta a hacerse cargo y soportar todas las incomodidades que dichas operaciones comportarían. No obstante, de hecho estos problemas se salvan a través del clausulado del contrato, eximiéndose de toda obligación y responsabilidad a la sociedad de *leasing*, en cuyo caso la cuestión se centra en resolver si todas esas cláusulas son válidas.

(14) Edificación cuyo objeto, por ejemplo, es una fábrica que necesita ser reconvertida totalmente para otro uso.

(15) Cuyas obligaciones consistirían en reconvertirla y mantenerla o conservarla como titular del derecho de superficie.

(16) No olvidemos lo que acertadamente señala REAL PÉREZ («El *leasing*: "Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme", en *PJ*, núm. 19, 1990, pág. 237) que «el *leasing* fue ideado como *técnica de financiación*; las empresas concedentes del *leasing* son financieras; los usuarios del *leasing* acuden a él en busca de una financiación que les reporta ventajas importantes... En suma, cualquier reflexión que hagamos sobre este contrato debe ser alumbrada por la realidad financiera en que éste busca su razón de ser».

GARCÍA SOLÉ, quien califica esta técnica como la máxima innovación que se ha producido en *tecnología jurídica financiera*, afirma que estas operaciones se han revitalizado «puesto que en estos casos al corresponder la integridad de la inversión a financiar la edificación y no destinarse ningún importe a financiar la adquisición del suelo, las cuotas tienen en su totalidad carácter de gasto fiscalmente **deducible**» (17).

Pese a lo cual parece que no ha tenido gran aceptación, ni utilización práctica la figura, aunque también debemos recordar (18) que en estos últimos años se ha producido una grave crisis económica que ha afectado al sector inmobiliario, lo que no significa que cuando el mercado se recupere la solución aportada no tenga mejor fortuna.

III. PROBLEMAS ACTUALES MAS FRECUENTES QUE PUEDE PLANTEAR LA UTILIZACIÓN DE ESTA OPERACIÓN DE *LEASING* INMOBILIARIO (19)

Una vez centrado el objeto de nuestro estudio, es necesario analizar los pormenores, cuestiones y problemas surgidos en torno a esta específica *operación de leasing*.

(17) GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 141) comenta como la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito estableció que el porcentaje de las cantidades destinadas a la recuperación del coste del bien que correspondía al suelo del edificio objeto de *leasing* no tendrían el carácter de gasto fiscalmente deducible en la imposición personal del usuario. De forma que hubo que desagregar en la cuotas, la parte destinada a la recuperación del coste del bien que correspondía a la construcción, de la parte destinada a la recuperación del coste del bien que correspondía al suelo, lo que constituía un procedimiento que además de reducir las ventajas fiscales de la operación, complicaba el tratamiento operativo y fiscal de estas cantidades. Por ello se intentaron buscar diversas soluciones para que la totalidad de la cuota tuviera el carácter de gasto fiscalmente deducible y así, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE *LEASING* planteó consulta al Ministerio de Hacienda, en el sentido de si se podría hacer coincidir el coste de recuperación del bien relativo al suelo con el importe del valor residual. Consulta que fue respondida el 1 de febrero de 1990 en sentido favorable.

La cursiva del texto es mía debido a la novedosa expresión utilizada por el autor comentado.

(18) *Vid.* nota a pie de pág. 1.

(19) Con la finalidad de ilustrar todas las cuestiones que pueden surgir en esta compleja operación de *leasing* inmobiliario he recogido una serie de cláusulas de contratos en las notas a pie de página, con un afán ejemplificador o aclarador de los problemas tratados en el texto, las cuales han sido tomadas de UNILEASING, *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Ed. Corporación Financiera Hispamer, 3.^a ed., 1992, Madrid.

1. DURACIÓN DE LA OPERACIÓN DE *LEASING*

A) *Plazo*

a) Requisitos

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/88 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio establece una *duración mínima* de diez años para los arrendamientos financieros de inmuebles (20).

Estamos ante un plazo que podemos considerar como *elemento natural* del contrato, puesto que la finalidad de la figura requiere la existencia del mismo para la constitución de la cuota, los cálculos de las mismas y del valor residual del inmueble.

En principio resulta necesario analizar si el carácter del plazo es imperativo o dispositivo.

El apartado 2.º de la Disposición Adicional Séptima señala que «los contratos a que se refiere la presente disposición tendrán una duración mínima de... diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos **industriales...**».

Parece ser, según se desprende del texto transcrito, que *la duración del plazo* es de carácter *dispositivo*, pues el legislador ha dispuesto la existencia de plazo en interés de ambas partes contratantes.

En cuanto al *límite mínimo de plazo* fijado legalmente tiene carácter *imperativo*. Pues ha sido fijado por el legislador en beneficio de los intereses generales y los de la comunidad (21). Con este plazo se prohíbe la existencia de una amortización excesivamente acelerada del bien inmueble que suponga demasiados beneficios fiscales.

Por otro lado, no hay duda de que al ser un límite mínimo se pueda pactar su duración por un plazo superior. Además expresamente señala el legislador, en el apartado 2.º *in fine* que «no obstante el Gobierno, para evitar prácticas abusivas, podrá establecer otros plazos mínimos de duración de los mismos en función de las características de los distintos bienes que pueden constituir su objeto».

(20) Plazo que se articula del siguiente modo: Fecha de finalización del arrendamiento: «El arrendamiento financiero se concierta por un *periodo unitario*, que termina el día...» (fecha nunca inferior a 10 años a partir de la fecha prevista para la finalización de la construcción).

(21) La Exposición de Motivos de la citada Ley 26/88 puntualiza la «... absoluta necesidad de someter las Entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos. Esas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquéllas».

El plazo de diez años señalado como duración mínima se debe a la necesidad de que coincida con la vida útil del inmueble o ser inferior a él, con objeto de hacer efectiva la amortización acelerada (22).

Por lo que respecta al derecho de superficie en relación con el plazo de duración, debemos señalar que la Ley del Suelo imperativamente establece en su **art. 289-2.º** su constitución con carácter temporal señalando expresamente plazos máximos de duración del mismo, no pudiendo exceder de 75 años en el concedido por Ayuntamientos o demás personas públicas, ni de 99 en el convenido entre particulares.

En cuanto a la modalidad urbana común, que es la que más nos interesa, su duración será libremente pactada por las partes pudiendo incluso acordarse su perpetuidad puesto que en esta figura la disociación o separación perpetua de las dos propiedades sobre objetos totalmente distintos puede resultar interesante (23).

b) Problemas relativos al plazo

La cuestión principal es coordinar ambos plazos (el del derecho de superficie, y el del arrendamiento financiero) dentro de la operación de *leasing*.

En la práctica, según las minutas y los contratos que hemos manejado (24), ordinariamente se pacta que la duración del derecho de superficie se extienda al menos a los seis meses siguientes a la terminación del

(22) RUEDA PÉREZ, «Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles..», *op. cit.*, págs. 34 y sigs.

Aunque ya hemos señalado en la nota núm. 1 que según los datos estadísticos aportados por la AEL el plazo normal en nuestro país es de ocho a dieciséis años, mientras que las inversiones alemanas aumentan cuando el plazo de duración del contrato se sitúa entre dieciséis y veinte años.

(23) En la operación de *leasing* esta es la modalidad que se va a utilizar en la práctica. Su plazo de duración será de poco más de diez años, generalmente pactado con un duración de seis meses más que el contrato de *leasing*.

(24) Plazo de duración del derecho de superficie: «Se consignará una fecha posterior en al menos 6 meses de la prevista para el ejercicio de la opción de compra».

De esta manera una vez ejercitada la opción de compra, finalizará el derecho de superficie («el plazo de duración del derecho de superficie finalizará el día... de... de 2..., fecha en que lo edificado accederá *sin otro trámite* al dueño del suelo»).

Lo que significa que las reglas de la accesión se revitalizan y el dueño del suelo vuelve a ser propietario del suelo. No es necesario por consiguiente nada más. Una vez extinguido el derecho, el efecto inmediato es la adquisición por parte del cedente del derecho, de lo que ha constituido la propiedad **superficiaria**, de forma automática sin que sea necesario esperar a la entrega del **superficiario** de la construcción, es decir, sin la *traditio* (no olvidemos que no es precisa la tradición porque la cosa está ya en posesión del adquirente).

periodo de arrendamiento financiero, por si se retrasa el cobro del *valor residual*.

No obstante, resulta interesante analizar los problemas que implica el plazo para los distintos supuestos que hemos expuesto.

Así, cuando se cede el derecho de superficie a la sociedad de *leasing* para la construcción del inmueble, ya sea sobre el suelo o como derechos de sobreedificación y **subedificación**, y, el posterior arrendamiento financiero al usuario (particular o administración pública), cabe señalar que la duración del derecho de superficie, o derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria, no podrán ser inferiores en ningún caso al contrato de arrendamiento financiero, pues constituye precisamente el objeto de estos derechos.

Tampoco es conveniente que coincidan los plazos del *leasing* y el del derecho de superficie, por el posible retraso en el pago o cobro del valor residual.

Y, evidentemente, no cabe que el derecho de superficie se pacte por un plazo inferior al del *leasing* pues se perdería el valor o precio residual, ya que a la llegada a término del derecho de superficie se **revitalizarían** las reglas de la accesión y el usuario se convertiría en dueño de suelo y vuelo. La compañía de *leasing* siempre deberá adquirir el valor residual antes de la finalización del derecho de superficie.

Cabe preguntarse si es posible la constitución de un derecho de superficie por el breve plazo de diez años. Tras lo estudiado con anterioridad, en ambas modalidades creo que sí es posible porque las partes pueden señalar la limitación temporal que deseen al no establecerse plazo mínimo alguno; otra cosa es que cuando se concede el derecho de superficie se tienda a que su duración sea la más amplia posible, pero los supuestos que nos ocupan, debido a la finalidad con la que nace —**introducido** en la operación de *leasing*—, es lógico que se pacte por un plazo más corto que lo habitual.

En cuanto al supuesto donde la **compañía** de *leasing* es propietaria del solar o incluso de un edificio, que cede en derecho de superficie para su construcción y/o el mantenimiento del edificio por parte del usuario (o, es propietaria del solar y del edificio y cede derechos de sobreedificación y subedificación de carácter **superficiario** al usuario) es independiente la duración de uno u otro contrato, pues el contrato de *leasing* tiene como objeto el solar, no el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, por lo que es indiferente la duración de ambos contratos (fíjese que no hemos hecho mención a la operación de *leasing* sino a dos contratos **independientes**).

En este supuesto cabe puntualizar que llegado el momento de ejercitar la opción de compra del solar, su adquisición sí produce la extinción del derecho de superficie por consolidación.

Si se ha pactado la duración del contrato de *leasing* por un tiempo inferior al del derecho de superficie, ejercitada la opción, el usuario hará suya la construcción que está levantando, en el estado en que se encuentre, y el suelo. Si la opción no se ejercitase, el usuario continuará con los derechos y obligaciones del **superficiario** sobre su edificación, o el estado de la misma según como se encuentre el edificio, los cuales se extinguirán cuando llegue el término del derecho, salvo pacto en contrario (25).

c) Prórroga (26)

En principio se ha señalado por la doctrina que el plazo del contrato de *leasing* es *irrevocable* (27). La **irrevocabilidad** supone que ninguna de las partes puede apartarse voluntariamente del negocio durante el plazo pactado. Requisito en cierta medida lógico porque en base al mismo se pactan las cuotas y el valor residual del objeto.

Es cierto que una vez cumplido el plazo pactado en el *leasing*, y en ejercicio de la «triple opción», el usuario puede desistir del contrato, renovarlo o ejercitar la opción de compra. Lo que debemos analizar es si una vez pactado el derecho de superficie y durante la vida de esta operación compleja de *leasing* inmobiliario cabe la ampliación del *lease-back*, es decir, si es posible pactar su prórroga, pues al usuario puede interesarle la renovación del contrato abonando unas cuotas más reducidas; o su dismisión.

(25) Teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad de las partes puede, como apunta BENAVIDES DEL REY (*op. cit.*, pág. 1211) que el *leasing* (tanto su vida como el incumplimiento de determinadas obligaciones establecidas en el mismo) se subordine o condicione a la conclusión de las obras.

(26) En el presente apartado vamos a hacer referencia al concepto de *prórroga definida*, entendiéndola como tiempo limitado de duración cuya extensión puede ser igual, menor o mayor que la primitiva operación de *leasing*.

Con esto queremos significar que la prórroga debe regularse con límites, los cuales podrían ser establecidos en periodos cortos y concretos de tiempo (diez o quince), realizados siempre que el usuario lo ponga en conocimiento de la sociedad **superficiaria**, con una antelación suficiente de tiempo a fin de que se pacten los nuevos caracteres de la operación en cuanto al plazo, cuotas, valor residual del contrato de arrendamiento financiero, y del plazo del derecho de superficie.

(27) REAL PÉREZ («El *leasing*: "Un contrato complejo y atípico..."», *op. cit.*, pág. 237) mantiene al hablar del *leasing* en general que «la empresa de *leasing*, actuando a instancias del futuro usuario y siguiendo sus instrucciones, adquiere de un proveedor un bien elegido con anterioridad por dicho usuario, a quien lo cede inmediatamente a cambio de una contraprestación periódica y durante un plazo *irrevocable*, transcurrido el cual, el usuario podrá optar entre devolver la cosa, continuar en su uso o disfrute pagando una contraprestación inferior, o adquirirlo por su valor residual». (La cursiva es mía.)

La doctrina no es unánime en la admisión de la prórroga.

Por un lado, **BENAVIDES DEL REY** (28), no considera admisible la prórroga del contrato de *leasing*, en base a que «las relaciones de las partes quedan definidas y enmarcadas por la existencia de unos determinados elementos estructurales típicos». A su juicio al finalizar el periodo contractual, no caben alternativas distintas al ejercicio de la opción o a la restitución de la posesión del inmueble. A su juicio no puede haber prórroga, porque esta implica que continúen vigentes las mismas condiciones, precios y plazos, y que su inclusión daría lugar al nacimiento de una figura contractual distinta de la primitiva, sujeta a una normativa diferente.

Aunque es cierto el argumento señalado, no podemos olvidar que el sistema de intereses y las cargas financieras pueden preverse anticipadamente, de manera que la función económico-jurídica de la relación **obligatoria** de las partes, no implica necesariamente la extinción de la primitiva figura contractual y la creación de otra nueva, máxime si el contrato de *leasing* forma parte de una operación de *leasing* en donde se prevé la prórroga del derecho de superficie.

Por otro lado, **GARCÍA SOLÉ**, quien sí la admite, sigue rigurosamente el contenido del Reglamento Hipotecario, señalando la posibilidad de prórroga del derecho de superficie «hasta 50 años desde su *constitución*, de conformidad con el *límite máximo de 50 años que permite el Reglamento Hipotecario*» (29).

Cuando el citado autor recoge esta posibilidad realiza dos afirmaciones que consideramos conveniente puntualizar.

A nuestro juicio, la cuestión objeto de estudio debe analizarse desde dos perspectivas diferentes, desde el punto de vista financiero o fiscal, donde como acabo de exponer es posible, y precisamente por ello **GARCÍA SOLÉ** sí la admite; y, desde el punto de vista del derecho sustantivo donde la cuestión es más dudosa, de ahí la negativa de **BENAVIDES DEL REY**.

Debe entenderse por prórroga el plazo de tiempo de duración de la operación de *leasing* que se prolonga, lo cual supone el aplazamiento o retardo de la llegada de su término. Para ello, es necesario o, que el plazo inicialmente pactado finalice, es decir que llegue el término del *lease-back* —quedando subsistente el derecho de superficie—, no se ejercite la opción de compra y se pida prórroga, o, que se pacte la posibilidad de prórroga desde el mismo momento de constitución de la operación de *leasing*.

(28) **BENAVIDES DEL REY** (*op. cit.*, pág. 1230) señala la inadmisibilidad tanto de «la prórroga del primitivo contrato de arrendamiento, como la de uno nuevo pactado de modo presunto... por ser incompatible con la esencia del contrato de *leasing*».

(29) **GARCÍA SOLÉ**, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, págs. 141.

En el primer supuesto la prórroga del *lease-back* se pacta con un nuevo plazo de duración desde su finalización. Desde el punto de vista financiero sí es posible porque teniendo en cuenta que el contrato de *lease-back* comporta el cálculo de las cuotas a abonar por el usuario, el valor residual, las cargas financieras y demás cantidades, al pactarse una nueva prórroga, entiendo que, las cuotas mensuales sumarían los intereses de la cantidad que queda por abonar: el valor residual. Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la prórroga así pactada sería una renovación del *lease-back* existente dentro de la primitiva operación de *leasing* inmobiliario.

En cuanto al segundo caso, cuando la prórroga se prevé desde el momento mismo de la realización de la operación de *leasing*, es lógico en primer lugar imponer «hasta... años desde su constitución», es decir tomar el *dies a quo* desde el nacimiento del derecho de superficie, es decir, desde su inscripción. Y ello, porque en base al citado derecho se posibilita la construcción y el mantenimiento del edificio en suelo ajeno que es precisamente el objeto del contrato de arrendamiento financiero.

En este supuesto, donde se prevé la posibilidad de prórroga desde que se pacta el contrato, y una vez comience la prórroga lo que en realidad se produce es el mantenimiento del primitivo contrato, señalándose por ejemplo un canon inferior a pagar, porque el primitivo contrato evidentemente no se puede prorrogar en las mismas condiciones, y ello en base a que ya se ha pagado lo que la cosa valía y carecería de causa pagarlo de nuevo. Lo que en definitiva significa que aunque desde la perspectiva financiera sí es posible, desde la perspectiva sustantiva su existencia es más bien dudosa.

En relación con la segunda afirmación realizada por GARCÍA SOLÉ, no consideramos acertado señalar, como se desprende de su comentario, que el Reglamento Hipotecario imponga un límite máximo de cincuenta años para el derecho de superficie. Pues el plazo de duración señalado en el citado Reglamento ha sido derogado por los plazos de setenta y cinco y noventa y nueve años contenidos en la Ley del Suelo (30). Sin olvidar además que en relación con la modalidad urbana común cabe pactar la prórroga definida del derecho (31).

(30) En la actualidad, la doctrina mayoritaria actual señala la inoperancia del precepto por encontrarse desfasado, bien porque el derecho de superficie regido por el Código Civil puede ser por tiempo indefinido y no puede derogar principios sustantivos, bien porque los plazos de la Ley del Suelo son diferentes, y, en consecuencia, debe entenderse modificado.

Sobre este punto ver mi trabajo «*El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*». Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. En imprenta.

(31) *Vid.* nota a pie de pág. núm. 26.

En la práctica (32), hemos comprobado que si el usuario no ejercita la opción de compra se suele pactar expresamente que el derecho de superficie se prorrogue hasta 50 años desde la extinción en su momento pactada (33).

d) Disminución del plazo

En cuanto a si cabe la disminución del plazo de duración pactado de la operación de *leasing* creemos que es posible, siempre que se mantenga el límite mínimo, imperativamente marcado, de diez años del contrato de *leasing*.

Para ello deberán ajustarse los pagos de las cuotas a la recuperación del coste activo **amortizable**, a fin de no vulnerarse los apartados 3.º y 4.º de la disposición adicional séptima de la ley de disciplina (34). Ni tampoco la obligación imperativa contenida en su apartado 7.º, según el cual, la entidad financiera deberá amortizar el coste de los bienes adquiridos para el arrendamiento financiero, deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra, en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Pues aunque el plazo disminuya constando claramente las diferentes partidas (coste de recuperación del bien, opción de compra y carga financiera), estas podrán repercutirse en menor plazo de tiempo.

(32) UNILEASING: *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Ed. Corporación Financiera Hispamer, 3.ª ed., 1992, Madrid, pág. 163.

(33) Prórroga del derecho de superficie: La prórroga del derecho de superficie será de cincuenta años a contar desde la fecha de su finalización. «El derecho de superficie podrá prorrogarse por cincuenta años a contar desde la expresada fecha si tres meses antes de la misma no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad la adquisición o transmisión de aquel derecho en favor del titular registral de la opción de compra que se establece más adelante en la presente escritura. A tal efecto bastará que UNILEASING mediante Acta Notarial presentada en el Registro de la Propiedad dentro de los tres meses anteriores a la expresada fecha, constate su entonces vigente condición registral de **superficiario** y exprese su condición de acogerse a la prórroga, decisión eventual a la que desde ahora manifiesta expresa e irrevocable conformidad el titular dominical de la finca o dueño de su suelo.»

(34) Dicho apartado 4.º señala que «el importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual».

En el mismo sentido el apartado 3.º afirma que «las cuotas del arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad **arrendadora**, **excluido** el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda».

B) Plazo para *realizar* la edificación

Hemos observado como una de las cláusulas pactadas en la práctica señala que el plazo para realizar la edificación deberá ajustarse al proyecto y a los presupuestos facilitados ordinariamente por el usuario, y analizados con posterioridad por la compañía de *leasing*.

GARCÍA SOLÉ (35) entiende que, el plazo en este tipo de operaciones, por imperativo del Reglamento Hipotecario, no podrá exceder de cinco años.

El citado autor se está **refiriendo** al artículo 16, párrafo 1.º, apartado C del Reglamento donde expresamente se señala que para su eficaz constitución el derecho de superficie deberá inscribirse a favor del **superficiario** y deberá contener en el título público como circunstancias generales para la inscripción «el plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años»

A nuestro juicio no creemos que el plazo señalado por el Reglamento Hipotecario tenga un carácter imperativo. Además tal y como afirma la Ley del Suelo en su artículo 33-1.º la licencia de obras será la que determine el plazo de duración de la construcción (36).

Ordinariamente en este tipo de operaciones de *leasing* se pacta un *plazo máximo* de construcción de dos años contados desde el momento del otorgamiento del contrato (derecho de superficie y contrato de arrendamiento financiero) y, se excluye la responsabilidad de la compañía de *leasing* por eventuales demoras, habida cuenta de que el constructor es designado, generalmente, por el usuario (37).

No hay problema en establecer que el plazo de construcción obligatorio puede ser reducido en el contrato; pero no ampliado, salvo que medie prórroga, solicitada por el usuario que deberá justificar los motivos de la

(35) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 140.

(36) Según el tenor literal del art. 33-1 de la Ley del Suelo el otorgamiento de la licencia determinará el derecho a edificar conteniéndose en ella el plazo de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. Así el titular superficiario tiene la obligación urbanística de construir en el plazo previsto que se encuentra marcado en la licencia y que obliga a toda construcción, afectando de esta manera tanto a la modalidad urbanística como a la modalidad urbana del derecho de superficie. Si el plazo pactado para realizar la construcción determinada por la licencia urbanística es superior a cinco años, deberá inscribirse. No obstante es dudoso que se pacten plazos tan **amplios** al no resultar interesantes para la sociedad de *leasing*.

(37) Construcción del edificio. Plazo «La construcción del edificio deberá concluir en plazo no superior a dos años, sin que UNILEASING se responsabilice respecto de eventuales demoras, ya que el proyecto, la dirección técnica, el contratista y el presupuesto han sido elegidos y designados por el cedente del derecho de superficie, siendo la actuación de UNILEASING estrictamente crediticia».

prórroga al Ayuntamiento quien determina en la licencia de obras el plazo de finalización de la edificación (38).

La prórroga del plazo de edificación entiendo que no trae problemas jurídicos de importancia (39). Durante la construcción del inmueble la sociedad **financiera-superficiaria** está cobrando al futuro usuario los intereses y las cargas financieras de la operación. Una vez el inmueble esté construido comienzan a cobrarse las cuotas del arrendamiento financiero y comienzan los beneficios fiscales (40). No obstante, la fecha de la licencia es determinante de la iniciación de los plazos reales de construcción.

Por otro lado, que haya una prórroga en el plazo de construcción no debe afectar directamente ni a la duración del contrato de *leasing* ni al derecho de superficie. Pues aquél deberá pactarse por un plazo no inferior a diez años, que comenzará a contar desde el momento en que la construcción haya sido terminada e inscrita en la escritura de declaración de obra nueva en el Registro, y, el derecho de superficie deberá ser aún más extenso.

En el supuesto en que el **superficiario** no haya edificado ni en el plazo fijado ni en la prórroga ¿qué ocurrirá?

Según Díez MONTERO el incumplimiento supondrá la extinción del derecho de superficie concedido y la reversión de la propiedad **superficiaria** separada, sin que proceda indemnizar a la compañía superficiaria, cualquiera que sea el estado de la edificación (41).

A su juicio debe pactarse una cláusula que opere como condición resolutoria (42).

(38) DÍEZ MONTERO (*op. cit.*, pág. 175) afirma que «parece obligado que la modificación del plazo se inscriba en el Registro de la Propiedad, puesto que constituye determinación esencial del derecho, pero, previstas las prórrogas en el contrato, hay que dejar constancia de que se trata de la misma concesión y no de una nueva».

(39) Téngase en cuenta que incluso puede tener lugar una ampliación del objeto (ampliación de la construcción del inmueble), con las consiguientes extensiones en los plazos de duración tanto de la construcción como de toda la operación de *leasing*.

(40) Es necesario puntualizar que comenzará la efectividad del *lease-back* en el mismo momento de inscribirse en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva terminada, realizada en base al derecho de superficie, iniciándose el computo del primer mes a efectos del pago de la cuota de arrendamiento. *Vid.* nota núm. 70.

(41) Razonamiento a nuestro juicio correcto pues una de las causas de extinción del derecho de superficie es la resolución de su título constitutivo. El incumplimiento de construir en el plazo previsto supone un auténtico quebrantamiento del deber legal del superficiario.

(42) DÍEZ MONTERO («Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *Leasing...*», *op. cit.*, pág. 177) propone el establecimiento de esta cláusula: «Si transcurridos los dos años fijados para la edificación, y las prórrogas establecidas en su caso, no constare en el Registro de la Propiedad inscrita la declaración de obra nueva terminada de la edificación convenida, D... podrá solicitar mediante la presentación de la copia de esta escritura que se cancele el derecho de superficie concedido, sin que proceda indemnizar al superficiario cualquiera que sea el estado de la edifi-

No obstante, al estar encuadrado el derecho de superficie en una operación más amplia de *leasing* inmobiliario, y teniendo en cuenta que una de las cláusulas que seguramente se pactarán en el contrato de *leasing* va a ser la de eximirse de toda responsabilidad en cuanto a eventuales demoras en la construcción, el cedente del derecho de superficie futuro usuario es el que resultará afectado por el incumplimiento de los profesionales que eligió para la edificación. El tema se centra en precisar la validez de esa cláusula.

2. OPCIÓN DE COMPRA Y REVERSIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

A) Introducción

La opción de compra es el *requisito esencial* (43) del arrendamiento financiero, establecido así por imperativo legal (44). Cuando señalamos que la opción es un **elemento** esencial o perteneciente a la propia naturaleza del contrato nos **reafirmamos** no sólo en su verdadera existencia (45), sino también en que se **exige** que el arrendatario opte, tanto en *sentido afirmativo como negativo*.

No obstante si este requisito no fuera esencial, sería una circunstancia que tendría gran aceptación en el *leasing* inmobiliario, pero sobre todo en la operación de *leasing* que estamos estudiando, no sólo porque el bien cedido en *leasing* —**construcción**— tenga generalmente un aumento de valor con el transcurso del tiempo, o que la vida del bien sea más larga que la establecida en el contrato de *leasing*, sino porque al usuario dueño del terreno le interesará evidentemente la consolidación del dominio del vuelo con su suelo.

cación. Los derechos reales sobre el mismo constituidos, quedarán subsistentes. La petición de cancelación se hará por acta notarial que se acompañará a la copia de la presente».

(43) AMORÓS GUARDIOLA («El *leasing* inmobiliario y su inscripción **registral**...», *op. cit.*, pág. 810) lo califica como elemento estructural.

REAL PÉREZ («*Leasing* y compraventa: Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», en *RFDUCM*, núm. 76, pág. 350) señala que es «consustancial al *leasing*, de tal manera que no es tal sin aquella».

(44) El apartado 1.º de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Disciplina establece «que el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario». Esta necesidad **de** opción también era requerida por la legislación anterior a ésta.

(45) Que no sea un ficción, y, por consiguiente, que su ejercicio esté suficientemente **regulado** en el contrato de *leasing*. Además si fuera ficticia la opción estaríamos ante un contrato distinto del *leasing*.

La doctrina (46) ha expuesto claramente cuales son los caracteres de la opción, por ello solamente vamos a reflexionar sobre los problemas relativos al ejercicio de esta especial operación de *leasing*, y los efectos que produce.

B) *Ejercicio de la opción*

a) En sentido positivo

En el supuesto de que el **cedente-usuario** ejercite la opción de compra sobre la propiedad **superficiaria**, se extinguirá el derecho de superficie —con anterioridad a la llegada de su **término**— por consolidación en el titular del derecho superficiario del dominio del suelo y del vuelo o propiedad superficiaria. Precisamente por ese motivo se establece generalmente la finalización del contrato de *leasing* con anterioridad al derecho de superficie (47).

Tiene especial interés la opción de compra en el supuesto en que la compañía de *leasing* es propietaria del suelo y lo cede en derecho de superficie y, posteriormente se pacta un arrendamiento financiero con el **superficiario-usuario**. Si éste ejercita la opción de compra sobre el solar, se producirá la extinción automática del derecho de superficie por consolidación, salvo en el supuesto de que el contrato de *leasing* se haya pactado por un plazo inferior al del derecho de superficie. En este caso la cuestión importante a tener en cuenta es en relación con los derechos de terceros. Si no se ejercita la opción, y continúa existente el derecho de superficie, el usuario conservará la propiedad superficiaria, aunque haya finalizado el arrendamiento financiero y la propiedad del edificio construido a expensas del superficiario usuario sea de la sociedad de *leasing*.

En cuanto a las consecuencias del ejercicio de la opción de compra de la propiedad superficiaria separada cabe señalar que para que el usuario

(46) Vid. GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 155); AMORÓS («El *leasing* inmobiliario y su inscripción **registral**...», *op. cit.*, pág. 810), y REAL PÉREZ («*Leasing* y compraventa: comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», *op. cit.*, pág. 347), quien señala que el usuario ha de ejercitar realmente la opción, de manera que el ejercicio de la misma ha de estar suficientemente regulado en el contrato de *leasing*, y que el valor residual objeto de la opción de compra no debe incorporarse a la letra de cambio girada al contratar, pues ello haría ilusorio dicho ejercicio.

(47) «El usuario podrá, según su libre opción, y una vez transcurrido el periodo unitario fijado para el arrendamiento financiero, adquirir de UNILEASING el derecho de superficie y el inmueble objeto de este contrato en el precio que para ello queda fijado en la estipulación... Esta opción de compra forma parte inseparable del presente contrato de arrendamiento financiero y carece de contraprestación separada.»

pueda ejercitarla deben haberse abonado todas las cuotas del *lease-back*, y, además, pagar el llamado *valor residual* (48).

En el caso de que la opción de compra haya sido ejercitada por el usuario dentro del plazo establecido y de la forma prevista, deberá procederse a la firma de la escritura de compraventa y a su inscripción registral (49).

Resulta interesante destacar la particularidad que presenta la «supuesta» devolución de la propiedad *superficiaria* objeto del contrato de *leasing* al finalizar el plazo pactado, pues no suele ser propósito del arrendador financiero-*superficiario* la recuperación material de la cosa al finalizar el contrato ya que incluso suele tomar sus medidas en el momento de iniciarse el contrato para evitar ni siquiera por corto espacio la posesión de la cosa. Más aún teniendo en cuenta que tras la opción el anterior *usuario-dueño* del suelo adquiere el vuelo, no siendo necesario esperar a que finalice el plazo del derecho de superficie, y que se revitalicen las reglas de la accesión para adquirir el vuelo junto con su suelo.

b) En sentido negativo

El propietario del suelo concede un derecho de superficie a la compañía de *leasing*, la cual construye y cede en *lease-back* la edificación al propietario del suelo que se convierte en usuario del bien, en este supuesto la

(48) «Para el ejercicio válido de la opción de compra el usuario deberá encontrarse al corriente de las obligaciones de pago derivadas del presente contrato, haber satisfecho la totalidad del precio del arrendamiento financiero y pagar a UNILEASING el precio de adquisición fijado en la... sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior.»

En cuanto al valor residual cabe señalar que el TS —en Sentencia de 28 de mayo de 1990— ha matizado, para el supuesto del *leasing* mobiliario, que «no debe incorporarse a la letra de cambio girada al contratar». Afirmación que es válida para el supuesto que nos ocupa, pues la razón de la misma se encuentra primero en que la opción de compra debe ejercitarse a la finalización del contrato, y en segundo lugar, que no se permite un cambio de titularidad de las partes contratantes sin el conocimiento de la otra, como veremos más adelante, y más aún en el tipo especial de operación de *leasing* que estamos estudiando.

(49) «Ejercitada en tiempo y forma por el usuario la opción de compra, y siempre que se cumplan las condiciones previstas en el número anterior, las partes otorgarán la escritura pública de compraventa ante el Notario que al efecto designe UNILEASING. Serán de cuenta del usuario todos los gastos, incluso notariales y registrales, impuestos, tasas, y arbitrios **que** se ocasionen por dicha compraventa, incluido el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.»

BENAVIDES DEL REY (*op. cit.*, pág. 1249) señala que de ejercitarse la opción de compra el usuario deberá efectuarla mediante acta notarial que será notificada a la sociedad de *leasing* con un plazo de antelación suficiente antes de que finalice dicho contrato. La arrendadora contestará también por el mismo conducto, señalándose además el día fijado para realizar la escritura de la compraventa.

cuestión se centra en determinar si el usuario sin ejercitar la opción de compra, adquirirá el bien inmueble tras la extinción del derecho de superficie, pues de ser así por la propia naturaleza de la institución **superficiaria** se produciría la reversión de lo edificado al dueño del suelo-usuario del *lease-back*.

Este supuesto ha sido previsto por las Entidades financieras, de manera que, la compañía retendrá su edificación mantenida sobre suelo ajeno (del concedente), en tanto siga vigente el plazo de duración del derecho de superficie. Esto es importante a efectos de derechos de terceras personas, pues no podrán conferírseles derechos de una duración superior al del contrato de arrendamiento financiero. Además, en el supuesto en el que el arrendatario usuario se retrasase en el pago del valor residual objeto de la opción, el mismo generará un interés que deberá ser abonado por el usuario (50). Estamos ante un supuesto de retraso en el pago pero siempre dentro de los límites de continuación del derecho de superficie.

También es posible que la sociedad financiera haya establecido la posibilidad de que esta situación no se prolongue en el tiempo (tanto el retraso en el pago del valor residual como el cumplimiento válido de la opción de compra) y se haya pactado una cláusula que suponga la resolución del contrato de *leasing*, acordándose la extinción de la opción de compra de pleno derecho (51). A través de este pacto se impone un plazo de tres meses para que el usuario ejercite la opción de compra, entendiéndose que si no lo realiza en ese tiempo desiste del contrato.

En este supuesto, extinguido el plazo de ejercicio de la opción de compra y antes de que llegue el término del derecho de superficie, se dispone por medio de una cláusula la prorroga inmediata del derecho por el plazo de cincuenta años desde su constitución, con el objeto de evitar que el usuario que no ejercite la opción se haga dueño de la construcción.

También la compañía financiera previendo el ejercicio negativo de la opción de compra de la propiedad superficiaria, y con la finalidad de ejercer mayor presión hacia el usuario para la realización de la opción, redactan en sus contratos la posibilidad, como estudiaremos a continuación, de adquirir el suelo del usuario. No obstante, no es la solución que más les interese, pues como entidades financieras su finalidad es la obtención de la amortización y de los intereses del capital entregado **inicialmente**. De ahí que se plantee la posibilidad, dentro de su clausulado, de que el usuario readquiera

(50) «A partir del término del periodo de arrendamiento financiero dicho precio de adquisición, se incrementará con un interés del 1,5% mensual hasta que sea satisfecho a UNILEASING» (Mora del deudor).

(51) «Transcurridos tres meses a partir del término del arrendamiento financiero sin que el usuario haya ejercitado válidamente la opción de compra, ésta quedará extinguida de pleno derecho.»

el dominio pleno del inmueble al término del arrendamiento financiero y en ejercicio de una opción de compra (52). Según GARCÍA SOLÉ es una cláusula de especial garantía destinada no a resolver el contrato sino a reforzar las garantías de la operación a partir del momento en que se produzca una situación **conflictiva** de impago (53).

Por la importancia de dicha cláusula, creo conveniente detenernos en su análisis:

«En concepto de especial garantía de las obligaciones que le corresponden por este contrato, el usuario, en su condición de dueño del suelo, se compromete a efectuar en interés de UNILEASING la venta forzosa de la finca... en caso de incurrir en impago de tres cualesquiera de las cuotas del precio del arrendamiento financiero, en precio de venta equivalente a la suma de los importes de las tres cuotas dichas. Producidos esos impagos, UNILEASING, podrá requerir notarialmente al usuario su regularización, con la prevención de que en caso de no producirse ésta en la contestación al requerimiento, sin el efecto de pago, UNILEASING podrá proceder a otorgar en nombre y representación del usuario la escritura de compraventa de la finca en su favor, en el precio indicado, que se compensará con los tres impagos en cuestión. A los exclusivos efectos de otorgar esta venta, el usuario apodera desde ahora irrevocablemente a UNILEASING para actuar en su nombre y representación con relevación expresa de cualquier impedimento de autocontratación que pudiera existir. Esta venta dejará subsistente la relación de arrendamiento financiero que se entenderá ahora referida al suelo y al edificio.»

La cuestión a determinar se centra en la validez o no de esta cláusula.

Del examen de la misma cabe destacar que supone en definitiva una imposición de renuncia del derecho del usuario a su propio derecho de propiedad del suelo. La sociedad de *leasing* impone la renuncia de un derecho que está fuera no sólo del contrato de *lease-back* sino de toda la operación de *leasing* inmobiliario.

El contenido de la citada cláusula supone, a mi juicio, un perjuicio desproporcionado del usuario, que comporta una posición de desequilibrio

(52) «En caso de que UNILEASING hubiere consolidado el **dominio pleno** de la finca, extinguiéndose así por confusión el derecho de superficie, la opción de compra se entenderá referida necesariamente a dicho dominio pleno. En este caso la transmisión se efectuará en precio de **PESETAS**... (Importe del Valor Residual sin IVA más el correspondiente a cuatro cuotas del *leasing*) más los impuestos correspondientes».

(53) GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 141.

entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Hay un abuso por parte de la sociedad de *leasing*.

Ambas cuestiones quiebran la idea de «exigencia genérica de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones» que deben presidir en todo contrato.

Si bien es cierto que el usuario ha incumplido su obligación de pago, también es cierto que ya se produce la extinción del contrato, además de la obligación de pagar las cantidades que quedasen por abonar hasta la finalización del mismo, esta «garantía especial» que podemos considerar cláusula penal es, a nuestro juicio, excesiva. La razón de tal afirmación se halla en que una vez recuperado por la sociedad de *leasing* la propiedad **superficiaria**, y adquiridas las cantidades no sólo las que faltaban de pagar, sino también el vencimiento anticipado de todas las cuotas pendientes hasta la finalización del contrato, no se puede decir que la entidad financiera sufra ningún perjuicio. Sin olvidar que siendo su función estrictamente financiera, la adquisición del suelo —**que** en este supuesto se encuentra fuera de la operación de *leasing*— **vá más alla** de su finalidad dando lugar a un enriquecimiento injusto, además de ir en contra del principio de conmutatividad de los contratos.

Pero por otro lado también es importante destacar que si el usuario acepta esta cláusula es que puede considerarse sobradamente compensado con las ventajas fiscales, contables o de decisión acerca de la inversión a realizar (54).

No obstante, considero que esta cláusula no es válida porque además de producirse un claro desequilibrio en las prestaciones hay una actuación abusiva por parte de la Entidad financiera.

C) *Adquisición del suelo por la compañía de leasing*

Un problema complejo que puede plantearse es la *posibilidad de que la sociedad de leasing adquiera el suelo del concédeme y el suelo al término del lease-back, y durante la vigencia de la operación de leasing inmobiliario*.

Entre los autores que han estudiado este pacto se encuentra **BENAVIDES DEL REY** (55), quien lo considera válido e inscribible. Mientras que **MANZA-**

(54) **RODRÍGUEZ MARTÍNEZ** («Problemas jurídicos del *leasing* inmobiliario», en *AAMN*, t. XXVII, pág. 106) afirma como en el mercado de *leasing* **inmobiliario** no existe un régimen de **monopolio** en la oferta, de manera que si se acepta el clausulado del contrato de **adhesión**, puede que no haya un desequilibrio contractual.

(55) **BENAVIDES DEL REY**, «Inscripción en los Registros de la **Propiedad** de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980...», *op. cit.*, pág. 1210.

NO SOLANO (56) entiende que dicha posibilidad está en contra de lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima punto 1.º, de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que establece que «el arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término a favor del usuario». Según el citado autor, mantener esta cláusula significaría eliminar el derecho de opción del usuario. Lo que no tienen razón de ser porque el *lease-back* ya ha finalizado.

Pero, ¿es válida dicha cláusula en la operación de *leasing* que nos ocupa? A mi juicio, hay que diferenciar entre ambas modalidades de derecho de superficie.

Entiendo que en el supuesto de la constitución de la modalidad urbana común del derecho de superficie, que es el que generalmente se pactará, no cabe la menor duda. Los particulares son libres en base al principio de autonomía de la voluntad de acordar dicho pacto (57).

Otra cuestión sería el supuesto de que el arrendamiento financiero se hubiese constituido sobre lo que hemos denominado la modalidad urbanística. En este supuesto el legislador ha previsto con carácter imperativo, aunque no expresamente, la reversión de la propiedad del suelo al concedente (58), de modo que no sería posible su pacto.

3. ONEROSIDAD DE LA OPERACIÓN DE LEASING

Uno de los elementos integrantes del contrato de *leasing* son las cuotas que debe abonar el arrendatario a la compañía financiera, las cuales habrán de ser necesariamente en dinero, debiendo tener un carácter periódico,

(56) MANZANO SOLANO, «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pág. 228.

(57) En la modalidad urbana común las partes pueden disponer tal pacto, no sólo en base al principio de autonomía de la voluntad, sino también por el apartado a) del párrafo 1.º del art. 16 del Reglamento Hipotecario que señala que «transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario». De manera que en el supuesto que nos ocupa es posible, a mi juicio, que llegado el momento de la opción de compra por parte del arrendatario, éste la rehuse, extinguiéndose el *lease-back*. Ambas partes podrán pactar la adquisición de suelo por el **superficiario** —compañía de *leasing*— mediante precio y así no continuará desmembrada indefinidamente la propiedad del suelo y vuelo.

(58) Actualmente, la Ley del Suelo de 1992 para la modalidad urbanística que desarrolla, al igual que la de 1975, frente a la primitiva regulación de 1956, prohíbe imperativamente la adquisición por parte del superficiario del suelo ajeno en el momento de la extinción del derecho de superficie. La razón es que el legislador urbanista considera como elemento esencial y consustancial al derecho de superficie la reversión de la propiedad **superficial** a manos de la Administración. (Sin olvidar que si tal pacto fuese posible sería necesario la desafección de su carácter público.)

generalmente por mensualidades, aunque puede que las partes pacten la periodicidad que deseen, adecuada a su situación financiera (59). El vencimiento de las mismas en relación con los periodos pueden ser tanto por pago anticipado como vencido (60).

Por otro lado, el derecho de superficie puede constituirse indistintamente de forma onerosa o gratuita, pues no es un elemento esencial del derecho. No obstante, el artículo 16-b del R.H. prevé que se precise en la inscripción la determinación del canon a satisfacer por el **superficiario**.

En las operaciones de *leasing* objeto de estudio, y en concreto, en el supuesto general al que hemos hecho referencia, donde el **superficiario** es la compañía de *leasing*, no suele señalarse que deba pagar canon alguno al **usuario-cedente** del derecho de superficie. Esta modalidad gratuita del derecho de superficie resulta lógica pues los beneficios surgen del arrendamiento financiero y no de la institución **superficiaria** (61). Pero nada impide que el derecho de superficie se constituya mediante el pago por la compañía de *leasing* de una cantidad global o un canon periódico al dueño del suelo.

(59) Como señala la profesora REAL PÉREZ (*«Leasing y compraventa: Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990»*, *op. cit.*, pág. 352) en el contrato de *leasing* la contraprestación engloba diversos conceptos: «la llamada "recuperación del coste del bien" (el precio del mismo satisfecho por la compañía de *leasing*), el coste de financiación o remuneración de ese capital (los intereses sobre la suma anticipada por la compañía concedente del *leasing*) y el beneficio de la propia empresa concedente. A la suma de los conceptos anteriores se le deduce el "valor residual" y el resultado se distribuye entre los diferentes vencimientos que se hayan pactado, obteniéndose la cuota periódica a pagar por el usuario.»

(60) Precio del arrendamiento: «El precio del arrendamiento financiero excluida la opción de compra es de PESETAS...». A este importe deberá añadirse el IVA correspondiente.

Se fija en PESETAS... el precio por el que el usuario podrá adquirir el derecho de superficie y el edificio objeto de este contrato si, al término del plazo unitario de cesión de uso, ejercita la opción de compra en las condiciones que se fijan en la Estipulación TERCERA».

Sobre el tema de las «Entregas iniciales», *vid.* GARCÍA SOLÉ (*«Problemática actual del leasing inmobiliario...»*, *op. cit.*, pág. 153).

(61) En la práctica se articula así: Canon superficiario. «La constitución del derecho de superficie se enmarca dentro de la operación de arrendamiento financiero, por lo que carece de contraprestación separada del mismo. No obstante, y a los solos efectos fiscales (art. 18-1 IVA) y registrales, lo valoran las partes en PESETAS..., sin que esta cantidad suponga obligación de pago para ninguna de ellas, sin perjuicio de que sirva de base para el devengo del IVA, cuya cuota asciende a PESETAS... que UNILEASING entrega en este acto al dueño del suelo, quien expide y entrega la correspondiente factura.»

(Al tratarse de un valor simbólico atendidas las condiciones económicas del conjunto de la operación, se consignará el importe del 1% del valor de venta del inmueble.)

Dentro de las cuestiones generales que pueden plantearse en relación con el inmueble futuro o en construcción (62) el más interesante es el de si al diferirse en el tiempo la prestación de la compañía de *leasing* mientras se termine la construcción, se debe entender diferido también el pago de las cuotas, hasta la terminación de la construcción y entrega de la obra (63).

RUEDA PÉREZ mantiene la posibilidad «de que una prestación quede diferida en el tiempo y la otra no, es decir, puede que se establezca un plazo determinado para realizar la construcción antes del cual no es exigible; y, sin embargo, culminado el plazo se incurrirá en incumplimiento o al menos en mora». Recoge una consulta formulada a la Dirección General de Tributos de 1 de julio de 1988, que afirma la posibilidad de iniciar el pago de las cuotas antes de que el inmueble en construcción esté acabado; cuotas que no son deducibles de la base imponible del impuesto personal del usuario. Concluye en base a ello, que ningún plan de pagos de cuotas se iniciará antes del plazo previsto para la terminación de la obra y su entrega.

En la práctica, según los contratos que he manejado, las entidades de crédito suelen realizar un estudio de costes, cargas e impuestos de toda la operación de *leasing*, de manera que durante el periodo de construcción sólo se abonan por el usuario los intereses. Una vez finalizada la construcción comienza a regir el contrato de *leasing* y, consiguientemente, las cuotas. Sin olvidar el pago de los impuestos.

4. TRANSMISIBILIDAD

Este punto es extraordinariamente complejo de resolver, por la cantidad de intereses que confluyen, los del **transmitente-usuario**; el adquirente del **transmitente** y la compañía de *leasing*; los acreedores del primer usuario, los acreedores de la primitiva compañía de *leasing*..., etc. De todos modos estamos ante una novación o quizá una cesión del contrato, por lo que deberemos respetar los requisitos correspondientes a estas figuras jurídicas.

Hecha esta salvedad cabe señalar que la posición jurídica del usuario en la operación de *leasing* puede ser transmisible. Esta afirmación significa que tanto en el supuesto en el que la sociedad haya cedido en *leasing* al usuario el terreno para edificar en concepto de derecho de superficie, como

(62) **Sobre** el tema de la simultaneidad del pago de las cuotas y la entrega del inmueble futuro, es decir de la propiedad superficiaria objeto del derecho de superficie *vid.* RUEDA PÉREZ («Aspectos sustantivos del *leasing* sobre inmuebles...», *op. cit.*, pág. 68).

(63) Este problema afecta a los tres primeros supuestos de los que hemos hecho referencia, pero no al cuarto donde la entrega del solar financiado es actual, pues la edificación futura corre por cuenta del usuario.

en el supuesto en que el futuro usuario es dueño del suelo y concede el derecho de superficie a la sociedad de *leasing* para la edificación y su posterior arrendamiento financiero, es posible que, en el primer caso, el **superficiario-usuario**; y, en el segundo caso, el dueño del suelo-usuario ceda su posición jurídica tanto de dueño del suelo como de **superficiario**. La cuestión es más dudosa en relación con la transmisión de las posiciones de la compañía de *leasing*, cedente o titular de un derecho de superficie y a su vez arrendadora financiera, en la operación de *leasing* inmobiliario.

También cabe plantearse cuales son los efectos que puede producir la *transmisión de la posición de dueño del suelo, cedente del derecho de superficie y usuario de la propiedad superficiaria* (64).

El **usuario-dueño** del suelo deberá participar a la sociedad de *leasing* su intención de realizar la transmisión, por los efectos económicos que supone la introducción en el contrato de una nueva persona (art. 1.205 CC). Y, además el primitivo usuario al quedar desvinculado totalmente del contrato de *leasing* debe recuperar las letras que incorporan las cuotas de vencimiento futuro, mientras que el nuevo **usuario-cesionario** queda subrogado en todas las obligaciones de pago de las cuotas futuras, girándosele nuevas letras que previamente ha aceptado.

El nuevo usuario-dueño del suelo, se transforma en titular de todo el conjunto de derechos y obligaciones derivados de la operación de *leasing*, en especial del derecho de opción, asumiendo la obligación de afectación de la explotación.

Además y no obstante todo lo señalado, debemos hacer constar que en la práctica habitual es posible que en las condiciones generales del contrato se incluya una prohibición de disponer o ceder el derecho de superficie sin consentimiento de la entidad cedente, en cuyo caso el derecho sería intransmisible.

En cuanto a los efectos que produce la *transmisión de la posición de arrendadora superficiaria* hay que hacer constar que, en base al señalado artículo 1.205 CC, deberá contar con el consentimiento del dueño del suelo-usuario para transmitir su derecho (65).

(64) En cuanto al estudio general de la subrogación en la posición de usuario vid. GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 149) y MANZANO SOLANO («Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero...», *op. cit.*, pág. 242).

(65) «El usuario autoriza desde este momento a UNILEASING para **que pueda ceder el presente contrato**, total o parcialmente a otra u otras compañías de arrendamiento financiero, Bancos, Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito, obligándose a suscribir cuantos documentos públicos o privados fueren necesarios para documentar la cesión.»

A mi juicio esta cláusula no es válida, pues el usuario también es acreedor de la compañía de *leasing*, y deberá aplicarse el art. 1.205 CC. La compañía de *leasing* podría utilizar esa cláusula además, para burlar los derechos del usuario en favor de otros

5. INSCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING (66)

A) Introducción (67)

Si bien en un supuesto normal de *leasing* inmobiliario a la sociedad de *leasing* le interesará su inscripción, en la compleja operación de *leasing* que nos ocupa la inscripción es necesaria.

En base a la regulación legal existente, la inscripción de la modalidad urbanística del derecho de superficie tiene *carácter constitutivo*. Esto significa que la inscripción es requisito de su existencia (68). Por el contrario, la inscripción de la modalidad urbana es de *carácter declarativo*, pues como cualquier otro derecho real nace a través del título y el modo pudiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad (en cuyo caso deberán hacerse constar todos los requisitos exigidos por el art. 16-1.º del RH). Entendemos que es declarativa la inscripción de ésta modalidad porque un mero reglamento no puede afectar al contenido del Código Civil (69).

acreedores suyos preferentes. Además no considero posible que el **usuario-dueño** del suelo renuncie a su derecho, al autorizar esta cesión de contrato con carácter previo, sin conocer la solvencia de su nuevo deudor —la nueva compañía de *leasing*, o cajas de ahorros...— (art. 6-2.º CC)

(66) Con carácter general en relación con la inscripción del *leasing* inmobiliario vid. AMORÓS («El *leasing* inmobiliario y su inscripción **registral**...», *op. cit.*, págs. 835 y sigs.); BENAVIDES DEL REY («El derecho de superficie sobre inmuebles ya **construidos**...», *op. cit.*, págs. 1244 y sigs.), y GARCÍA SOLÉ («Problemática actual del *leasing* inmobiliario...», *op. cit.*, págs. 149-150).

(67) Declaración de obra nueva: UNILEASING, por haberse realizado ya las obras precisas para ello, otorgará a continuación la oportuna Declaración de Obra Nueva que, en cuanto sea menester, se considerará parte de este establecimiento de derecho de superficie.

Inscripción: «las partes solicitan del señor Registrador de la Propiedad la inscripción en los libros a su cargo del derecho de superficie que ahora establecen».

(68) La Ley del Suelo de 1956 introdujo el problema de la inscripción del derecho de superficie cuando señaló que «como requisito constitutivo de su eficacia el derecho de superficie deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad». Posteriormente, el Reglamento Hipotecario de 1959, dispuso que «para su eficaz constitución deberá inscribirse el derecho de superficie».

A nuestro juicio, la ley urbanística quiso remarcar el carácter constitutivo de los efectos que frente a terceros produce la inscripción, y el Reglamento Hipotecario, posteriormente puntualizó que la inscripción era necesaria como requisito de existencia.

Consideramos que el Reglamento no ha sido la vía más adecuada para introducir el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, cuestión que debía haberse realizado a través de la Ley Hipotecaria, pues escapa a su contenido de desarrollarla, convirtiéndose en este sentido en un *reglamento contra legem*, aunque podemos entender que su finalidad es válida en el caso de la modalidad que regula la legislación urbanística, donde previamente la Ley había señalado el carácter constitutivo de la inscripción.

(69) Aunque creemos que convendría de *lege ferenda* que se estableciera la necesidad de la inscripción constitutiva del derecho de superficie también para su modali-

Las razones que han impulsado al legislador urbanista a establecer el carácter constitutivo de la inscripción en la modalidad que regula, se deben a la falta de apariencia posesoria del derecho de superficie diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae durante el periodo existente desde que se pacta su constitución hasta que se comienza la edificación, y, posteriormente, al poder considerarse a efectos de terceros que el **superficiario** es dueño del edificio y del suelo.

B) *Requisitos específicos necesarios para su inscripción*

Cuando la inscripción de la cesión en *leasing* del derecho de superficie tenga por objeto una edificación ya existente, no se plantea ningún problema pues, deberá hacerse necesariamente en el folio abierto a la construcción o propiedad **superficiaria**.

El problema puede plantearse si el objeto de la cesión en *leasing* del derecho de superficie es el solar para su edificación y mantenimiento de la posterior propiedad superficiaria. En este caso, deberá hacerse constar la inscripción en el folio del solar, y a su vez abrir uno independiente para la inscripción de la propiedad superficiaria donde a partir de ese momento se recogerá el historial jurídico de la misma en cuanto que constituye objeto de tráfico jurídico independiente (70).

dad urbana común pero a través de la vía legal adecuada, y ello porque consideramos conveniente su inscripción debido a la falta de exteriorización del derecho de superficie.

(70) Con carácter previo a la inscripción, es necesaria la **formalización** del derecho de superficie y del *lease-back* en escritura pública que creemos debe hacerse de forma conjunta por constituir todo ello una «operación de *leasing*».

Así se procederá a inscribir, en primer lugar, en el *folio matriz* todos los datos del **derecho de superficie**, como la finca sobre la que se constituye, a quien se adjudica, forma y modo de adjudicación, y los caracteres del derecho (como el canon, plazo de duración, fecha de iniciación de las obras, plazo de construcción, actos de disposición del superficiario, reservas de derechos a favor del concedente, extinción del derecho, reversión de la propiedad **superficiaria**...) y, demás condiciones pactadas en la constitución del derecho.

Posteriormente en otra inscripción, la *declaración de obra nueva* donde se describe minuciosamente la *edificación* que se está llevando a cabo sobre la base del derecho de superficie. Aquí se referencia al tipo de edificación, linderos, superficie, número de plantas, número de viviendas, locales y **garaje**....

Y después, en inscripción aparte el *contrato de lease-back* sobre dicho inmueble.

Estas dos últimas inscripciones se constatarán en *folio aparte*, porque consideramos necesaria la apertura de folio separado a la propiedad superficiaria con independencia de la **inscripción** del derecho y de la propiedad superficiaria en el folio matriz. Todo ello en base a los principios inspiradores del Registro, como son los de claridad y descongestión de los folios **registrales**, y, singularmente el de especialidad. Pues la propiedad superficiaria separada es un nuevo objeto jurídico susceptible de un tratamiento registral diferenciado del conferido al suelo.

En ambos casos, la cesión en *leasing* del derecho de superficie deberá practicarse en asiento independiente y correlativo al de la propiedad superficiaria y contendrá además de los requisitos generales exigidos por la legislación hipotecaria, los específicos que resulten de ambos tipos de contratos, como la duración del arrendamiento financiero, las cuotas, forma y plazo de entrega de las mismas y la resolución del contrato por falta de pago.

Es importante indicar también las condiciones de utilización de la edificación cedida, con sus accesorios en su caso, su destino (71), circunstancias de entrega, responsabilidad en caso de evicción y vicios ocultos (72); deterioro o pérdida total o parcial por caso fortuito y fuerza mayor... (73).

También deberá hacerse constar las cláusulas concernientes a la utilización de hecho del inmueble objeto de la propiedad superficiaria cedida, en cuanto a obras, reparaciones y mejoras (74).

Y, por último, en relación con la opción de compra, deberá expresarse el plazo, requisitos, precio y forma tanto para hacer constar su ejercicio como la cancelación de la misma (75). No obstante, no podemos olvidar que nos encontramos en una operación de *leasing*, lo que supone que además de cancelar la opción de compra, para la finalización de dicha operación, y una vez extinguido el derecho de superficie, posterior en el tiempo a la señalada opción es necesario también proceder a la cancelación del mismo (76).

(71) Pues no olvidemos que el apartado 1.º de la Disposición Adicional Séptima señala que los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, **artesanales**, de servicios o profesionales. Destino: «Durante dicho plazo, el usuario destinará el inmueble únicamente al ejercicio de sus actividades empresariales/profesionales».

(72) Que en este caso la sociedad de *leasing* le subroga al usuario. *Vid.* nota a pie de pág. núm. 81. Cláusula que quizá no siempre sea válida.

(73) *Vid.* nota a pie de pág. núm. 82. Cláusula que quizá no siempre sea válida.

(74) En este caso se pacta la asunción de responsabilidad por el usuario, y la **concertación** de un seguro. *Vid.* notas a pie de pág. núms. 83 y 84.

(75) *Vid.* notas a pie de pág. núms. 47 a 52.

(76) Una vez ejercitada la opción de compra, y llegado el transcurso del término del derecho de superficie se produce una *cancelación automática* sin consentimiento del titular registral —**entidad financiera**—, basta con acreditar el hecho extintivo. Si se extingue **con** anterioridad al plazo pactado es necesario **acreditar** la causa extintiva.

En el primer supuesto, también consideramos posible la *cancelación de oficio* por el Registrador puesto que se pacta expresamente la duración del derecho y además se constata registralmente en el asiento, siendo improcedente mantener una situación que se encuentra extinguida y determinada de antemano.

IV. EFECTOS DE ESTA OPERACIÓN DE *LEASING*: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1. INTRODUCCIÓN

Por último, en este epígrafe vamos a exponer brevemente cuales son los efectos de esta operación compleja de *leasing*, pues obligaciones típicas del superficiario se trasladan al usuario por cuestiones financieras típicas de la finalidad de la sociedad de *leasing*. El motivo es que como señala REAL PÉREZ siguiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, el *leasing* (aunque se refiere al *leasing* de muebles, es una afirmación válida para el contrato en general) es «un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme» (77). De este modo las obligaciones típicas tanto del cedente del derecho de superficie (78), como del superficiario (79), se van a ver alteradas por los pactos establecidos (80).

(77) Esta afirmación hecha por la propia STS de 26 de junio de 1989 ha sido, y sigue siendo, reiterada por los Tribunales, y con idénticas palabras, en diversas ocasiones. Vid. REAL PÉREZ («El *leasing*: "Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme"», *op. cit.*, pág. 235).

(78) Resulta conveniente enumerar tanto las obligaciones como los derechos típicos del cedente del derecho de superficie. Así, entre las primeras se encuentran el permitir la construcción y tolerar el alzamiento, así como su mantenimiento antes de su iniciación. Una vez terminada la obra, no podrá construir o hacer las excavaciones superficiales o subterráneas que perjudiquen o dañen la edificación. También deberá pagar los impuestos y arbitrios que afecten al suelo. (IBI en la parte proporcional al suelo.)

En cuanto a los derechos del concedente se encuentra el poder usar en todo momento el subsuelo siempre que no perjudique la edificación, también puede reservarse una utilidad sobre el espacio existente encima de la construcción, además del derecho a la reversión de la propiedad superficiaria, y, los derechos de tanteo y retracto.

(79) En relación con el superficiario debemos distinguir el derecho de goce sobre el fundo ajeno que posibilita su derecho de construir la edificación y mantenerla (lo que supone la reconstrucción del edificio antes del plazo pactado y el derecho del superficiario a sobreedificar o **subedificar** sobre lo ya edificado). Y, el derecho de propiedad de la construcción superficiaria separada, en base al cual posee la facultad dispositiva (constituir las servidumbres necesarias para la construcción del edificio, derecho de demoler las construcciones existentes, el de ceder la propiedad superficiaria o aportarla en sociedad, o constituir gravámenes sobre la misma), así como el derecho de preferencia a la renovación, y, el derecho a la indemnización tras la reversión.

(80) Generalmente, y como hemos expuesto en el presente trabajo, este tipo de operaciones se pactan con Entidades Financieras en *contratos de adhesión*, y por consiguiente, su contenido se encuentra integrado por un conjunto de cláusulas donde la sociedad de *leasing* aparece en una situación preponderante, y desproporcionadamente beneficiosa, frente al usuario, que no tiene más solución que aceptarlas y adherirse a ellas o no firmar el contrato. De ahí que deba existir un control de las condiciones generales acerca de la validez de dichas cláusulas.

2. INMUEBLE SIN CONSTRUIR

Las obligaciones de las partes son diferentes según la situación en la que se encuentre el objeto de *leasing* —el derecho de superficie y su objeto la propiedad **superficiaria separada**—, es decir, si el inmueble se ha construido o no.

En el supuesto en que el inmueble esté sin construir la sociedad de *leasing* como superficiaria asume la obligación de construir y mantener la construcción sobre suelo ajeno. De modo que se le hace entrega de la posesión del suelo en base al derecho de superficie para la construcción de la edificación.

No obstante como Entidad financiera que es la sociedad de *leasing*, se establecen una serie de cláusulas por las cuales se exonera de las obligaciones típicas del **superficiario**, pero que al formar parte de un entramado más complejo —esta concreta operación de *leasing*— tienen su sentido como, por ejemplo, el supuesto de exoneración de responsabilidades derivadas de la construcción (81), y de su mantenimiento (82).

(81) «El usuario, dentro del marco de relaciones bilaterales en que se inscribe el presente contrato, propuso a UNILEASING que en su condición de superficiario de la finca, construyera en ella conforme a proyecto, presupuesto cerrado, Dirección Técnica y Empresa Constructora elegidos por el usuario, lo que UNILEASING aceptó en sus propios y exactos términos, asumiendo a estos efectos obligaciones estrictamente financieras. En consecuencia, el usuario libera a UNINTER-LEASING, S.A. de toda responsabilidad por las condiciones tanto físicas, como legales y registrales del inmueble y su adecuación al fin a que queda contractualmente afectado. Las reclamaciones a que haya lugar por saneamiento, vicios de construcción, defectos de la cosa o causas análogas, deberán ser ejercitadas directamente por el usuario ante la empresa constructora, para lo que UNILEASING le subroga desde ahora en cuantos derechos pudieran asistirle al respecto».

(82) También se pacta que «... Correrán a cargo del usuario las obras que deban realizarse en el inmueble no incluidas en los expresados proyectos y presupuesto, para conservarlo o restituirlo a su integridad, cumplimentar disposiciones administrativas y reparar sus daños y deterioros ordinarios y extraordinarios, así como el pago de cualquier exceso sobre la construcción. Las obras que realice en su caso el usuario no podrán desviar el inmueble de su afectación al exclusivo uso o destino pactado, ni vulnerar los Estatutos de la Comunidad o los Planes Parciales y Generales de Urbanismo que conciernan a la **finca**. Dichas obras precisarán previa conformidad de UNILEASING cuando modifiquen su estructura y quedarán en todo caso en beneficio del superficiario, sin que éste deba realizar pagos o indemnizaciones por razón de las mismas».

«Se pacta expresamente por las partes que el usuario soportará a su exclusivo cargo, las responsabilidades que según lo dispuesto en los arts. 1.907 a 1.909 del Código Civil pudieran afectar a UNILEASING por su condición de propietario **del** inmueble, así como los menoscabos, deterioros, daños o siniestros incluso en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que sufra el inmueble durante el periodo de arrendamiento financiero debiéndolo recuperar a su costa y restituir el inmueble a su integridad.»

3. INMUEBLE CONSTRUIDO

En el *lease-back* con derecho de superficie sobre inmueble construido se suele pactar la entrega de la edificación a la compañía financiera en derecho de superficie, aunque en realidad, la sociedad no recibe la entrega física del citado edificio, sino que el arrendatario financiero, antiguo propietario, se convierte directamente en usuario del bien.

En general, la razón del traslado de todo riesgo, e incomodidad del superficiario al usuario en relación con la propiedad superficiaria objeto del contrato de arrendamiento financiero, se encuentra no sólo en que la operación de *leasing* tiene como principal objetivo un carácter financiero, sino también en que en base precisamente a la posesión inmediata del usuario del bien, es necesario pactar en su contra los riesgos del deterioro e incluso del perecimiento de la edificación (83).

Podría pensarse que esta asunción de riesgos en casos tan extremos deberían ser nulos, pero sus efectos están suavizados por la obligación de la concertación de un seguro que cubre el importe de lo adeudado al concedente del *leasing*. De esta manera, producido el siniestro suele estar pactado que el importe pagado por el seguro se destinará a la reconstrucción de la propiedad superficiaria, obligando incluso al usuario a completar a sus expensas lo que sea necesario para la reconstrucción (84).

(83) «Para garantizar a UNILEASING el cumplimiento de las obligaciones de reparar y restituir, el usuario suscribirá y mantendrá en vigor a su cargo, hasta la restitución del inmueble a UNILEASING una póliza de seguro de incendio, destrucción y daños del inmueble, por el valor que en cada momento tenga el mismo, con un mínimo actual de pesetas...»

(84) «La Póliza de Seguros contendrá una cláusula de cesión irrevocable de la indemnización a UNILEASING, quien una vez reparados los efectos del siniestro por el usuario, entregará a éste el importe de la indemnización percibida de la compañía aseguradora.

La duración del seguro será igual a la del presente contrato, y no se podrá efectuar ninguna anulación ni reducción del capital asegurado y riesgo cubierto por la póliza de seguros sin la previa autorización de UNILEASING. Al producirse algún siniestro de la importancia que fuera, el usuario informará a UNILEASING en el plazo máximo de diez días, mediante envío de una copia del parte que curse a la compañía aseguradora, y en cuya tramitación el usuario habrá de poner la debida diligencia, siendo responsable de los perjuicios que en caso contrario puedan producirse.

En caso de siniestro parcial y si la indemnización fuera insuficiente para pagar la reparación o reconstrucción, el usuario correrá con la diferencia, incluidos los impuestos correspondientes.

Si el siniestro fuere total y se destruyese totalmente el inmueble objeto del contrato, el usuario completará a sus expensas el importe de la indemnización del seguro, hasta pagar a UNILEASING la totalidad de las cuotas pendientes (incluido el IVA) más el importe fijado para el ejercicio de la opción de compra; en el momento del pago se descontarán al usuario las cargas financieras pendientes.

En último término cabe señalar que otra obligación típica del **superficiario** es la de pagar los impuestos referentes a la construcción, pero en este caso se trasladan al usuario (85).

Hasta aquí hemos visto como la sociedad de *leasing-superficiaria* se exime de responsabilidades y cómo el usuario asume determinados riesgos y obligaciones como consecuencia de la finalidad financiera de la operación de *leasing*.

A continuación vamos a analizar los efectos que produce el incumplimiento del usuario en relación con el pago del contrato de *leasing*, que incluido en la operación de *leasing*, supone su extinción. Podemos distinguir entre un retraso en la obligación del pago (86), y la falta de pago. En este último caso se derivan efectos en relación con el precio contractual del arrendamiento financiero y (87), además supondrá la extinción del contrato (88).

Si la indemnización del seguro cubriera en exceso las cantidades anteriores, la diferencia será entregada por UNILEASING al usuario. El solar resultante y demás elementos comunes pasarían en ambos casos a ser propiedad del usuario, siendo de su cuenta y cargo todos los gastos e impuestos de su transmisión, incluido el Impuesto Municipal sobre el incremento del Valor de los Terrenos.

Sin embargo, el usuario podrá optar, si así lo desea, por la reconstrucción a sus expensas del inmueble o reedificación de uno nuevo de valor equivalente. En este caso UNILEASING hará entrega al usuario del importe de la indemnización del seguro, una vez concluida la reconstrucción.

La producción de cualquiera de los supuestos mencionados en este número no interrumpirá la obligación del usuario de atender el pago de las cuotas pactadas»

(85) «Corresponde al usuario el pago de los impuestos, contribuciones, tasas y arbitrios que graven el inmueble y correspondan al periodo de arrendamiento financiero, así como los gastos de la Comunidad de Propietarios que se produzcan en dicho periodo. Corresponde asimismo al usuario el cumplimiento de cualquier obligación (incluso las de carácter tributario y formal) que afecten o se relacionen con la propiedad del inmueble. UNILEASING podrá visitar en cualquier momento el inmueble, así como exigir del usuario la justificación de hallarse al corriente en el pago de las obligaciones que por cualquier concepto asume en este contrato.»

(86) «El retraso en el pago de las cantidades que, por razón de este contrato, acredite UNILEASING frente al usuario, causará un recargo de demora del tipo del dos por ciento mensual de la cantidad de que se trate, a contar desde el momento en que su pago debió producirse.»

(87) «La falta de pago de cualquiera de las cuotas del precio del arrendamiento financiero —**incluida** la correspondiente repercusión del **Impuesto**— facultará a UNILEASING para, a su elección: A) Considerar vencido el precio contractual del Arrendamiento Financiero, anticipándose así la exigibilidad de las cantidades que debieran ser de otro modo pagadas durante el periodo contractual aún no transcurrido. Del precio contractual en cuestión se deducirán por tanto los importes de las cuotas efectivamente pagadas por el usuario, así como las cargas financieras de las cuotas pendientes de vencer. La cantidad resultante tendrá carácter de líquida y exigible y devengará un interés de demora del 2% mensual.»

(88) «... B) Considerar extinguido el arrendamiento financiero y exigir del usuario la inmediata entrega posesoria del bien objeto del contrato, así como el pago de las

No obstante la sociedad financiera también podrá imponer la resolución del contrato, por el incumplimiento de la obligación de afectar el inmueble a la finalidad pactada o en caso del impago de las primas de seguro.

En estos casos se trata de cláusulas penales que sustituyen **habitualmente** a la indemnización de daños y perjuicios. Su misión consiste en reforzar el vínculo, de modo que el usuario cumpla sus obligaciones. Los efectos que producen se traducen en una agravación de la responsabilidad del deudor que lleva consigo la posible aplicación del artículo 1.154 del CC.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar el presente estudio, solamente nos queda reiterar que en esta operación compleja de *leasing* las cuestiones importantes a tener en cuenta son las siguientes:

- La concesión del derecho de superficie no es un contrato accesorio sino el presupuesto necesario para que el bien pueda ser concedido en arrendamiento financiero.
- La sociedad de *leasing*, financiera por antonomasia, al obtener la propiedad **superficiaria** separada del suelo, tiene la garantía del crédito otorgado al usuario. De forma que el derecho de superficie, se concede sin sujeción a ninguna condición ni cláusula especial, pues la cuestión principal es el contrato de *leasing*, y, consiguientemente, la finalidad principal se centra en la readquisición del bien tras la devolución del crédito.
- La **compañía de *leasing-superficiaria***, que no aparece únicamente como una mera intermediaria financiera sino como una auténtica adquirente del bien (tanto en el edificio construido como en el edificio por construir), en este caso es una propietaria superficiaria. No obstante, en las cláusulas pactadas en contratos de adhesión, evita asumir riesgos y responsabilidades que deposita en el usuario.
- El usuario, que conserva la propiedad sobre el suelo, consigue principalmente un ahorro importante en la tributación indirecta de la operación cuya base imponible será únicamente el importe del derecho de superficie. (Aunque generalmente el importe según la minuta es testimonial pues el contrato central es el de *leasing*.)

cuotas vencidas e impagadas más su correspondiente recargo por demora. La extinción deberá ser comunicada fehacientemente al usuario, quien en el plazo de diez días a contar desde la recepción de dicha notificación podrá enervarla poniéndose al corriente de pago de sus obligaciones, incluidos los intereses de demora correspondientes y los gastos de la notificación.»

En ambos casos hay una financiación parcial del inmueble, en el primero concretada a la construcción del edificio, y en el segundo caso concretada a la edificación.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho

VI. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- AMORÓS GUARDIOLA, «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 774 y sigs.
- «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», en *RCDI*, 1985, págs. 863 y sigs.
- BENAVIDES DEL REY, «Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», en *RCDI*, núm. 558, septiembre-octubre 1983, págs. 1207 y sigs.
- BRANDT, «El crédito-alquiler inmobiliario y la publicidad registral», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 846 y sigs.
- CASADO BURBANO, «El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 858 y sigs.
- DE PRADA GONZÁLEZ, «Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de *leasing*», en *Homenaje a Vallet*, tomo II, Madrid, 1988, pág. 639.
- DÍEZ MONTERO, «Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de Leasing, emitido a encargo de A., S. A.», en *RCDI*, núm. 560, enero-febrero 1984, págs. 153 y ss.
- FELIÚ REY, «Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o "leasing de retorno"», en *AC*, núm. 23, 6/12 de junio de 1994, págs. 429 y sigs.
- GARCÍA SOLÉ, «Problemática actual del *leasing* inmobiliario», en *AC*, núm. 8, 21/27, febrero 1994, págs. 133 y sigs.
- GARRO, «El *leasing* inmobiliario: Algunos problemas jurídicos que se plantean en el Derecho argentino», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 876 y sigs.
- MANZANO SOLANO, «La inscripción del *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad», en *Jornadas del leasing sobre inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, págs. 177 y sigs.

- «Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero», en *RCDI*, núm. 611, julio-agosto, Madrid, 1993, pág. 1783.
- MENÉNDEZ, «El *leasing* inmobiliario y sus repercusiones jurídico-fiscales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 894 y sigs.
- REAL PÉREZ, «El *leasing*: "Un contrato complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme"», en *PJ*, núm. 19, 1990, pág. 235.
- «*Leasing* y compraventa: Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990», en *RFDUCM*, núm. 76, págs. 347 y sigs.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «Problemas jurídicos del "leasing" inmobiliario», en *AAMN*, t. XXVII, págs. 83 y sigs.
- RUEDA PÉREZ, «Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles», en *Jornadas sobre el leasing de inmuebles*, Consejo General del Notariado, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1991, pág. 99.
- UNILEASING, *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Ed. Corporación Financiera Hispamer, 3.ª ed., 1992, Madrid.
- VILLARMAZO GARCÍA, «Comentarios sobre la figura del *leasing* inmobiliario en Puerto Rico y sus repercusiones», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 986 y sigs.
- ZAYAS SANZA, «El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario», en *RJC*, 1983, págs. 479 y sigs.