

Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero

SUMARIO.—I.—INTRODUCCION. II.—CONCEPTOS Y CLASES DE “LEASING”. A) Conceptos doctrinales. B) El arrendamiento financiero en nuestra legislación vigente. III.—NATURALEZA JURÍDICA. A) Antecedentes para el estudio de la cuestión. B) Posiciones doctrinales. 1) El “leasing” como préstamo de dinero. 2) El “leasing” como negocio fiduciario. 3) El “leasing” como arrendamiento. 4) El “leasing” como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio. 5) El “leasing” como contrato nuevo, complejo, pero con unidad causal. C) Derecho Comparado. 1) Derechos nacionales. 2) Derecho Comparado Congresual. D) El problema en la Jurisprudencia. E) Posición personal.

En el mes de noviembre de 1989, en una conferencia pronunciada en Madrid, en el Ministerio de Economía y Hacienda, tuve oportunidad de estudiar “La inscripción de *leasing* sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad” (recogida en el libro “Jornadas sobre el *leasing* de inmuebles”, editado en 1990 por el Consejo General del Notariado y por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles). En el presente estudio he querido centrar la atención, exclusivamente, en el importantísimo problema de la naturaleza jurídica del “leasing”, como contrato nuevo, pero ya de alcance universal.

I. INTRODUCCIÓN

En una reciente conferencia sobre la *multipropiedad*—figura que, como el “leasing”, cuenta en nuestro país con pocos años de vida—, dice GONZÁLEZ LAGUNA (1) que la natural tendencia de los juristas a enfras-

(1) MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA: “La multipropiedad: aspectos jurídico-prácticos”. Conferencia pronunciada en la Escuela de Hacienda Pública el 25 de enero de 1988. Está recogida en el “Boletín del Colegio Nacional de Registradores”, núm. 246, junio de 1988, págs. 1.143 y ss.

carse en polémicas sobre los más diversos aspectos de una institución jurídica, suele limitarse un tanto cuando se trata de instituciones conocidas y estudiadas por el Derecho romano y, posteriormente, por la Glosa. Y es natural: veintitantos siglos discutiendo sobre la "*possessio*", valga, por ejemplo, agotan incluso a las inteligencias más privilegiadas.

Esto no ocurre, desde luego, con el moderno y nuevo contrato de "*leasing*", al que, como veremos, nuestro legislador ha rebautizado con el nombre de *arrendamiento financiero*. pero esta falta de arraigo histórico, entre las instituciones del país, comporta determinados riesgos. Decía GARRIGUES, muy gráficamente, que las instituciones jurídicas de un país extranjero no pueden ser importadas como si se tratara de un tractor o de un frigorífico, pues la imitación a ultranza de legislaciones extranjeras puede suponer una regresión en la evolución jurídica y lo importante es plantear los problemas dentro de un sistema armónico. Y don FEDERICO DE CASTRO señalaba que las figuras jurídicas están insertas en complejos orgánicos, de modo que, desarraigadas del propio sistema y trasplantadas a otro, pueden perder su eficacia o producir efectos inesperados y hasta monstruosos (2).

Aunque las dos primeras sociedades de "*leasing*" se constituyen en España a mediados de la década de los sesenta (3), la primera disposición legal sobre la materia no llega hasta el año 1977: el Real Decreto-Ley núm. 15/77, de 25 de febrero, sobre Ordenación Económica, que se limitó a regular las operaciones de arrendamiento financiero de "bienes de equipo, capital productivo y vehículos". Más tarde, el Real Decreto núm. 1669/1980, de 31 de julio, sobre Empresas de Arrendamiento Financiero y Arrendamiento Financiero de Inmuebles, permitió a las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero (que se había creado por Orden de 16 de marzo de 1977) "extender su actividad a la realización de operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles, que sean objeto de tráfico empresarial habitual (art. 1.º), excluyendo los contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda; igualmente, recogió la exigencia —ya prevista para los muebles por el Real Decreto-Ley de 1977— de que el contrato debía contener necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del mismo (art. 3.º).

La anterior normativa está hoy sustituida por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que

(2) LUIS ROJO AJURIA; "*Leasing mobiliario*", Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, págs. 77 y ss.

(3) Estas dos sociedades han sido ALEQUINSA y ALQUIBER. Se citan por todos los autores. Puede verse, por ejemplo, en la obra de SEGURADO LLÓRENTE, JUAN LUIS, "*Todo sobre el leasing*", Editorial DE VECCHI, S.A., Barcelona, 1987, pág. 30.

constituye la legalidad vigente, con algunas disposiciones posteriores, de las que destaca el Real Decreto 771/1989, de 23 de junio, sobre creación de Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado, que nos servirán para intentar una aproximación conceptual a la figura en el Derecho español.

Es curioso destacar cómo todo el Derecho aplicable al "leasing" ha emanado del legislador fiscal. La doctrina que ha estudiado el nuevo contrato, pone de relieve que estamos ante una moderna manifestación del viejo problema de las relaciones entre Economía y Derecho, y suele traer a colación la conocida frase de CARNELUTTI de que el fin de Derecho consiste en reducir la Economía a la Ética. La evolución en este campo, ha llevado, como es bien sabido, a la tesis del *análisis económico del Derecho*, propugnada por la famosa Escuela de Chicago, y a la que los juristas no podemos sino oponer la contraria, la del *análisis jurídico de la Economía*. En este sentido, haremos un modesto esfuerzo en las líneas que siguen.

II. CONCEPTO Y CLASES DE "LEASING"

Haremos, en primer lugar, una breve referencia al concepto —o quizá sería mejor decir *conceptos*— de "leasing" en la doctrina, según sus diversas modalidades, para tratar de esbozar después el concepto y requisitos del arrendamiento financiero en nuestra legalidad vigente.

A) *Conceptos doctrinales*

Señala ROJO AJURIA (4) que la presentación del "*leasing*" operativo y del "*leasing*" financiero como dos clases de "leasing" es un punto de partida obligado al tratar de definir la figura. Efectivamente, así lo hace toda la doctrina, aunque inmediatamente descarte el estudio del "leasing" operativo, alegando que se trata de un contrato de arrendamiento normal, y centrándose exclusivamente en el financiero, cuya calificación jurídica plantea mayores dificultades.

El "*leasing*" operativo es un contrato en el que la cesión de uso se pacta por plazo breve, prevé causas de resolución, los objetos sobre que recae suelen ser utilizados sucesivamente por varias personas, se trata de bienes tipo "standard", los cánones del arrendamiento comprenden tanto los gastos de financiación como los de puesta a disposición, entretenimiento y reparación, el usuario soporta los riesgos técnicos de la operación, etc. En

(4) Obra citada, pág. 24.

realidad —como dice MARTÍN OVIEDO— (5) es un procedimiento utilizado por los fabricantes para dar salida a sus propios productos.

El "*leasing*" financiero tiene una clara finalidad de financiación, es un contrato a medio o largo plazo, no susceptible de denuncia o revocación por el usuario, recae sobre inmuebles integrados en el círculo de producción del cesionario (muebles o inmuebles), el precio satisfecho al final del período contractual es superior al de compra y comprende gastos, impuestos y el beneficio industrial de la sociedad de "*leasing*". Es la forma de "*leasing*" que se ha desarrollado en una Europa que ha llegado hasta nosotros como nuevo medio de financiación de la empresa (6).

La doctrina estudia muy diversas modalidades de "*leasing*", según las variantes que ofrece su esencial condición de instrumento jurídico-financiero (7). Nosotros vamos a centrarnos en el criterio de clasificación por razón de la naturaleza mueble o inmueble de su objeto que, además de englobar casi a la totalidad de las demás variedades, nos acerca a una terminología jurídica capaz de permitirnos comprender más fácilmente la naturaleza de la figura que los términos puramente económicos.

La distinción entre "*leasing*" mobiliario y "*leasing*" inmobiliario hay que buscarla en los orígenes mismos de la figura, aunque, entre nosotros,

(5) JOSÉ MARTÍN OVIEDO: "Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de leasing". En *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 106-107, 1973, págs. 1.043 y ss.

(6) Puede verse, en este sentido, JOSÉ LUIS DE LA VIÑA MAGDALENO: "El leasing financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes", en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1977, pág. 84.

(7) DE LA VIÑA (citado en la nota anterior) distingue (págs. 82 y 85): a) "*Leasing*" inmediato (el fabricante en vez de vender los bienes que produce, los da en "*leasing*") y "*leasing*" mediato (la sociedad compra el bien y lo da en "*leasing*"). b) "*Leasing*" propio o verdadero (como fórmula de financiación) y "*leasing*" impropio o falso "*leasing*" (toda forma de cesión de uso, incluido el arrendamiento tradicional). c) "*Leasing*" de bienes de consumo (consumo duradero, como automóviles, electrodomésticos, etc.) y "*leasing*" de bienes de equipo. d) "*Leasing*" de primera mano ("First hand leasing") y de segunda mano ("Second hand leasing"). e) "*Leasing*" deretro ("Sale and lease back") y "*Renting*" (el primero se define en el texto; el segundo, supone el alquiler a sucesivos usuarios y la prestación de servicios de asistencia técnica). SEGURADO LLÓRENTE (obra citada, págs. 12 a 15 y 161 a 163), recoge la anterior tipología y cita además las siguientes variantes: a) *Pequeño, medio y gran "leasing"*, según la cuantía. b) *Con o sin interés*. c) *Múltiple e individual*. d) *Con o sin seguro* a cargo del usuario. e) *Con o sin derecho de renovación*. f) "*Leasing*" apalancado (además de los sujetos habituales interviene un prestamista a largo plazo). g) "*Leasing*" internacional (arrendador y arrendatario viven en distintos países y el bien puede venir de un tercer país). h) "*Leasing*" fiscal ("Tax lease"). i) "*Big ticket*" (de gran cuantía, sindicado entre varias sociedades). j) "*Cosmetic leasing*" (modalidad del "lease back" para reducir inmovilizado y aumentar las disponibilidades líquidas). k) "*Sumaraleasing*" (variedad japonesa para reducir el superávit de la balanza de pagos).

la mayor parte de la bibliografía y la escasa Jurisprudencia con que contamos (la veremos más adelante), gira en torno al "leasing" mobiliario, consecuencia, por otra parte, de su mayor expansión comercial. Sin embargo, DE LA VIÑA (8) y AMORÓS (9) hablan de que en 1945 se empezó a aplicar el "leasing" a los inmuebles: la "Allied Stores Corporation" vendió todos sus inmuebles a una fundación universitaria y, simultáneamente, se los volvió a alquilar por 30 años, con opción de renovar el arrendamiento por otros 30 y un alquiler menor. Y ROJO AJURIA cuenta que por los años treinta, en Ohio, un gran almacén vende un inmueble comercial a un Banco, que intervenía a título de "trustee" por cuenta de inversores que se dotaron de certificados inmobiliarios ("land-trust certificates"); el "trustee" devolvía el inmueble al vendedor en "leasing" por 99 años, con una opción de compra. En España, el "leasing" inmobiliario no adquiere cierta entidad hasta la década de los setenta; la cifra de operaciones estaba en 1972 en 3.500 millones de pesetas, en 1975 había más de 30 sociedades de "leasing" con una cifra de negocios de 10.000 millones de pesetas y en 1988 esa cifra había alcanzado los 144.000 millones de pesetas.

Centrados en esta dicotomía "leasing" mobiliario-"leasing" inmobiliario, la doctrina se plantea el problema de si estamos ante dos especies de un mismo género o ante dos figuras distintas. Así, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (10) dice que la distinción de "leasing" por razón de la naturaleza de los bienes no es una mera calificación a efectos didácticos, sino que configura situaciones jurídicas diferentes, porque diferente es el trasfondo económico de uno y otro supuesto. En el "leasing" mobiliario: 1) el plazo contractual suele coincidir con la vida económica rentable de los bienes; 2) los bienes sufren una desvalorización rápida, por la propia rapidez del proceso tecnológico; 3) la opción de compra funciona como un auténtico derecho de elección, según las necesidades o no de renovación de los bienes utilizados; 4) se inspira en la idea de que lo que interesa de los medios de producción es su utilización (recuerda el autor el principio aristotélico de que "la riqueza consiste más en el uso que en la propiedad") y no el título de donde provenga, que se elegirá en cada caso por razones económicas y la más importante es la financiación de la inversión con los rendimientos de bien; y 5) en resumen, es expresión de una evolución

(8) Ponencia citada, págs. 78 y ss.

(9) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: "El leasing inmobiliario y su inscripción registral", en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 789.

(10) JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: "Problemas jurídicos del leasing inmobiliario". En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVII, págs. 87 y ss., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987.

mental contraria al derecho de propiedad. En el "*leasing*" inmobiliario, la situación es distinta: 1) los inmuebles con el transcurso del tiempo se revalorizan y no tiene sentido la sustitución de un inmueble por otro; 2) el ejercicio de la opción aparece obligado y se dice, incluso, que hay contradicción entre la esencia del "*leasing*" y los inmuebles objeto del mismo; y 3) al no tratarse de objetos producidos en serie, los contratos han de ser más particularizados. Y termina señalando el autor que, en Francia, por imperativo legal, han de ser empresas diferentes las que se dediquen a cada modalidad.

AMORÓS GUARDIOLA (11), en el mismo sentido, estima que el "*leasing*" inmobiliario no es una especie dentro de un género más amplio, el "*leasing*" en general. La peculiaridad del objeto sobre que recae se traduce en una serie de diferencias funcionales, en una naturaleza "*sui generis*" y, en consecuencia, en un régimen jurídico distinto o, al menos, no homogéneo con el "*leasing*" mobiliario. En el "*leasing*" de bienes muebles —apunta, siguiendo a COLLOT— el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles la propiedad vence siempre al uso.

A nuestro juicio, es incuestionable que las esenciales diferencias entre los bienes muebles y los bienes inmuebles se traducen, necesariamente, en su respectivo estatuto jurídico. El Código Civil, por ejemplo, regula la donación o la compraventa, en principio, al margen de la naturaleza mueble o inmueble de lo donado o vendido, aunque inmediatamente después dicte normas específicas para asegurar la perfección y eficacia del contrato, demandadas por la diversa naturaleza de su objeto (vid. artículos 632, 633, 1.462, 1.463, 1.469, 1.473, etc.). Sin embargo, en ambos casos, se trate de muebles o inmuebles, la donación sigue siendo un acto de liberalidad y la compraventa un contrato consensual que requiere cosa y precio. Es decir, la causa sigue siendo la misma, se donen o se vendan muebles o inmuebles.

Creo que en el contrato de "*leasing*" ocurre otro tanto. El mecanismo interno de transferencias jurídicas y la finalidad principal de financiar el uso y, en su caso, la adquisición de un bien concreto se repiten en el "*leasing*" mobiliario y en el "*leasing*" inmobiliario. O lo que es lo mismo, causal y estructuralmente, no hay diferencias entre ambos, lo que no es obstáculo para aceptar que la problemática comercial y económica de ambos tipos de "*leasing*" difiere notablemente.

De estas diferencias, no es la menos importante, en aras de la garantía de eficacia del contrato, la indispensable exigencia de publicidad para el "*leasing*" inmobiliario. Esto no es afirmar que el "*leasing*" mobiliario no reclame también una particular publicidad institucional. Como dice DE

(11) Ponencia citada, págs. 788, 796 y 797.

LA VIÑA MAGDALENO (12), la importancia económica que suelen ofrecer los contratos de "leasing" de bienes muebles, derivada del gran valor que ostentan hoy día los bienes de equipo, susceptibles además de perfecta identificación, hace conveniente crear un sistema de publicidad registral, del cual no pueden derivarse sino ventajas en favor de las partes y terceros. Efectivamente, este es un Registro jurídico que habría que crear, pues, excluidos los contratos de "leasing" mobiliario de la aplicación de la Ley de Ventas a Plazos y, por tanto, del Registro regulado en la misma, dichos contratos carecen actualmente de cauce registral.

En cualquier caso, hay que reconocer, como regla general, el superior valor de los inmuebles como objeto de tráfico jurídico, la absoluta necesidad de que el usuario o futuro adquirente en "leasing" conozca la verdadera situación jurídica —especialmente de titularidad y cargas— del inmueble, así como la garantía de total cumplimiento de las prestaciones reales derivadas del contrato, que podrían verse entorpecidas por la interferencia de terceros (13).

Por último, en este elemental intento de acercarnos al concepto de "leasing" a través de sus modalidades en el tráfico, es obligada la referencia a dos términos, básicos para el entendimiento de la figura: bilateralidad y trilateralidad, de los que derivan dos tipos de "leasing": "*leasing*" bilateral y "*leasing*" trilateral. Algunos autores, como SEGURADO LLÓRENTE (14), hablan, incluso, de dos relaciones jurídicas bilaterales, estrechamente ligadas entre sí: un contrato de compraventa entre la sociedad de "leasing" y el proveedor, de una parte; y un contrato de arrendamiento o de cesión de uso entre la sociedad de "leasing" y el usuario, de otra parte. Según que el contrato salga o no del círculo sociedad de "leasing"-usuario, podremos hablar de una y otra modalidad.

El "*leasing*" trilateral es aquel en el que un sujeto físico o jurídico —como dice SEGURADO LLÓRENTE (15)— puede acceder al disfrute de un determinado bien, concertando un contrato con una sociedad de "leasing", la cual se compromete a adquirirlo y a ponerlo a disposición de aquel en el plazo convenido, cediéndole el uso del mismo por un período único e irrevocable de tiempo y mediante un precio global cuyo pago se efectúa en los plazos acordados, pudiendo el usuario, al término del período de uso,

(12) Ponencia citada, págs. 108 y ss.

(13) En la conferencia citada al comienzo de estas notas se desarrolla la idea aquí simplemente apuntada: las garantías de plena seguridad jurídica para los contratos de "leasing" a través del adecuado sistema de publicidad registral, particularmente del "leasing" de inmuebles, por la importancia permanente de estos bienes, del que afirmamos su "esencial vocación registral".

(14) Obra citada, pág. 60.

(15) Obra citada, pág. 59.

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. En este tipo de "leasing" intervienen tres sujetos: el proveedor o vendedor del bien a la sociedad de "leasing"; la sociedad cedente del uso; y el cesionario o usuario con opción de compra.

El "*leasing*" *bilateral*, como señala CASADO BURBANO (16), en el que las partes intervinientes quedan reducidas a dos, es una modalidad que, por sus características, ha tenido su origen y desarrollo, de modo especial en el campo inmobiliario. Es el "sale and léase back", abreviadamente conocido como "léase back" o "retroleasing inmobiliario", y que el citado autor define como aquel en virtud del cual el propietario de un bien inmueble (generalmente un profesional, industrial o comerciante) lo vende a una sociedad de "leasing", la cual, a su vez, se lo cede en arrendamiento al vendedor, concediéndole, además, un derecho de opción de compra a ejercitar transcurrido determinado período de tiempo.

Según el mismo autor, el "léase back" presenta particularidades específicas que lo distingue del "leasing" ordinario: 1) es el propio usuario quien transmite bienes de su propiedad al futuro arrendador, quedando reducidas a dos las partes intervinientes en el contrato; 2) queda eliminada la fase previa de elección del bien y su adquisición de un tercero para ser cedido al usuario; 3) los bienes muebles, salvo excepciones, no se prestan para realizar este tipo de operaciones, en las que destaca la finalidad esencialmente financiera de garantizar la rentabilidad y seguridad de un crédito. Estas características hacen que el "léase back" desempeñe una importante función económica: el usuario obtiene inmediatamente el reembolso total del importe de sus bienes inmuebles sin perder su utilización; aumenta sus recursos disponibles, al tiempo que reduce su inmovilizado; puede reimpulsar su actividad, sin necesidad de ocupar sus líneas habituales de financiación; y, finalmente, se reserva las expectativas de plusvalía (17).

Explica CASADO BURBANO (18) que, en este tipo de "leasing", el empresario busca liquidez y la entidad financiera seguridad, apareciendo con claridad la figura de la transmisión fiduciaria de la propiedad con fines de garantía y con reserva del bien a título de arrendatario, como uno de los instrumentos del crédito territorial. Nos referimos más adelante a la fiducia como tesis sobre la naturaleza del "leasing".

(16) PABLO CASADO BURBANO: "“El leasing back” inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales", en el tomo I de *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, citado en la nota 9, págs. 861 y ss.

(17) Ponencia citada, págs. 862 y 863.

(18) Ponencia citada, págs. 863 y 864.

B) *El arrendamiento financiero en nuestra legalidad vigente*

El arrendamiento financiero tiene en la ley sobre Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito de 1988, como ya hemos señalado, el marco —escaso marco— de su regulación sustantiva en nuestro Derecho. El texto básico es la Disposición Adicional Séptima, de la que extraeremos el concepto y requisitos esenciales del contrato.

Bajo la denominación de operaciones de arrendamiento financiero se incluyen aquellos contratos que tengan por exclusivo objeto la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono de una cuota periódica, cuyos bienes habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanas, de servicios o profesionales, con derecho para el usuario de opción de compra de los bienes cedidos al término del contrato (D.A. 7.^a, párrafo 1.º).

Se define aquí, sin lugar a dudas, el "leasing" que hemos llamado *trilateral*, no sólo porque se habla de bienes adquiridos con la finalidad de ceder su uso, sino, sobre todo, porque se dice que la adquisición por la sociedad de "leasing" se ha de hacer según las "especificaciones del futuro usuario", exigencia que no tiene sentido en el "léase back" o "leasing" bilateral, pues, como dice CASADO BURBANO (19), la selección del bien fue hecha en su momento por el que luego vendrá a ser usuario en "leasing". No obstante, el "leasing" *bilateral* está ya aludido en el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 (primera norma sobre "leasing" en España, como también señalábamos más arriba) que hablaba de la "venta realizada a una empresa de arrendamiento financiero cuando ésta arriende el bien en el mismo acto a su vendedor" (era el art. 26.3 del Título II, hoy derogado).

Los *requisitos especiales del contrato* los resumiremos así: a) La *duración mínima* del contrato será de 10 años para el "leasing" de inmuebles y de 2 años para el de muebles y se deja en libertad al Gobierno para establecer otros plazos mínimos, con el fin de evitar prácticas abusivas en función de la naturaleza de los bienes (D.A. 7.^a, párrafo 2.º); b) En las *cuotas del arrendamiento financiero* hay que diferenciar 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, sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda; además, el importe anual de la parte de las cuotas del arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien,

(19) Ponencia citada, pág. 862.

deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual; c) Las Sociedades de Arrendamiento Financiero habrán de cumplir determinadas exigencias: revestir forma de Sociedad Anónima domiciliada en España; tener un capital desembolsado de al menos 500 millones de pesetas, sin que se permitan las aportaciones no dinerarias; su objeto social exclusivo ha de ser la realización de operaciones de arrendamiento financiero; autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda e inscripción en el Registro Especial del Banco de España; constancia, junto a su denominación o razón social, de la expresión "Sociedad de Arrendamiento Financiero" (D.A. 7.^a, 3, 4 y 8).

III. NATURALEZA JURÍDICA

A) *Antecedentes para el estudio de la cuestión*

Para encarar, sin excesiva pasión, el problema de la naturaleza jurídica del "leasing" o arrendamiento financiero, no podemos olvidar que estamos ante una figura que, aunque evolucionada y modalizada, tiene su origen en el Derecho anglosajón. El trasplante a un sistema como el nuestro, proveniente del Derecho romano, ha de hacerse con el máximo cuidado por dos razones: para no desvirtuar radicalmente la figura de su origen —sería erróneo pretender encontrar en nuestro Derecho otra exactamente equivalente— y porque, si queremos que mantenga su eficacia, debe quedar inserta, lo más armónicamente posible, en nuestro sistema: en nuestro sistema crediticio y financiero, por supuesto, pues responde a importantes motivaciones económicas, pero también en nuestro sistema contractual —sea civil o mercantil— y en nuestro sistema de seguridad jurídica en el tráfico, documental y registral, especialmente si se trata del "leasing" inmobiliario.

Voy a hacer una cita del excepcional libro de ROJO AJURIA sobre "*Leasing mobiliario*" (20) que creo puede ser bastante reveladora de la necesaria actitud de cautela que los juristas formados en el Derecho romano debemos adoptar al estudiar la naturaleza jurídica del "leasing". Comentando el art. 9.º del "Uniform Commercial Code", cuerpo legal norteamericano que sintetiza todos los derechos de garantía en uno solo, el "security interest", dice que la doctrina europea pretende encontrar en la norma dos tipos negociales autónomos: el "true lease" y el "lease intended as security". Y la cuestión es más sencilla: para el "Uniform Commercial Code" un contrato de arrendamiento puede ser verdadero ("true"), pero

(20) Obra ya citada en la nota 2, págs. 77 y ss.

también puede tener de arrendamiento solo el nombre y encubrir un derecho de garantía ("intended as security interest"). Y sigue diciendo: el comentario oficial del art. 9.101 señala que el objeto de este artículo es proporcionar una estructura simple y unificada en la que se puedan incluir la inmensa variedad de las "security transactions", con el menor coste y la mayor certeza. Los autores recalcan que todos los mecanismos antiguos de garantía ("chattel mortgage" o nuestra hipotética, "conditional sale", "trust receipt", etc.) se llamarán "security interest". Hay, además, un vocabulario propio, de modo que en toda "secured transactions" encontramos: a) un deudor o persona que toma prestado dinero y concede un derecho sobre una propiedad para asegurar el pago; b) una "secured party" o persona que concede crédito y a quien se otorga el derecho de garantía; c) un "security interest" o derecho sobre la propiedad que el prestatario o deudor otorga al concedente del crédito o parte asegurada que garantiza el pago; y d) un "collateral", es decir, la propiedad misma sujeta al derecho de garantía.

Parece claro que pretender este complicado y, a veces, extraño mundo jurídico a la normal simplificación conceptual de las figuras contractuales romanas, propias de nuestro sistema, no es tarea fácil. Y, sin embargo, esas transferencias económicas, desde el momento que se dan en nuestra vida negocial, están reclamando la adecuada cobertura o ropaje jurídico de seguridad.

Creo que estas son algunas de las razones de fondo que explican las dudas de la doctrina sobre la naturaleza del "leasing", o, quizás sería mejor decir, de la figura que resulta al trasplantar el "leasing", como figura anglosajona, a moldes jurídicos que le son naturalmente extraños.

Lo ocurrido en relación con el "leasing" inmobiliario en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, cuya Comisión III estudió esta variedad de arrendamiento financiero, puede servir para ahondar en las ideas que acabamos de esbozar. Y recogeremos como muestra algunas de las intervenciones, relacionadas con el problema de la naturaleza del "leasing" (21).

—DE LA VIÑA MAGDALENO (España): el "leasing" constituye para nosotros y creo que para el ponente... un contrato atípico con causa única; no estamos en presencia de una suma ni una superposición de contratos de arrendamiento más opción de compra...; lo que ocurre es que, mirando a

(21) Tomado de *Anales del VI Congreso Internacional de Derecho Registral* (resumen de actividades científicas desarrolladas). Publicación del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 384 y ss.

la posibilidad de la inscripción del "leasing" inmobiliario, nos interesa apoyarnos en tales elementos...".

—VARELA WOLFF (Argentina): "... hablaría de centro de intereses, dos o más centros de intereses..., sustancia contractual **compleja**..., compra-venta de un bien sometido a una condición suspensiva... en su primer estadio de ejecución le serán aplicables las reglas del arrendamiento o locación...".

—AMORÓS GUARDIOLA (España): "... me permito afirmar que, dentro de las normas contractuales, por su propia naturaleza, las únicas que se asemejan **bastante** a la naturaleza funcional, al propósito querido por las partes, a la realidad del "leasing", son las de la compra a plazos con reserva de dominio...".

—SANDOVAL ALEMANY (Puerto Rico): "... después de haber escuchado a varios oradores, a pesar de que casi todos hablamos castellano, a veces me parece que todavía padecemos la maldición de la Torre de Babel... Esta discusión me recuerda el centro del grupo de científicos ciegos que estaban examinando un elefante y cada cual describía el elefante de acuerdo con la parte de su fisonomía que estaba tocando; y el que tocaba el rabo pues describía una cosa, y el que tocaba la trompa describía otra... y nunca lograron ponerse de acuerdo... y creo que figurativamente está sucediendo algo parecido aquí".

Sin ninguna duda, las palabras del Sr. SANDOVAL ALEMANY estaban cargadas de razón, dentro de su aparente simplicidad, y mucho nos tememos que, a veces, se pretende descubrir la naturaleza del "leasing" tocando ciegamente sólo alguna de su partes. Quizá por esto —y nos parece que **sabiamente**— el Congreso eludió una calificación tajante en torno a las posiciones que se habían debatido y adoptó una fórmula de compromiso, que recogeremos más adelante.

B) *Posiciones doctrinales*

Un resumen de las más importantes orientaciones de la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del "leasing" puede ser el que sigue.

1) *El "leasing" como préstamo de dinero (22)*

Para los defensores de esta tesis, la sociedad de "leasing" se limita a entregar la suma prestada al proveedor designado por el usuario, a virtud

(22) Resumimos del trabajo de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ sobre "La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", en

de un mandato recibido de éste. Es el usuario el que adquiere la propiedad de los bienes, si bien, simultáneamente, los vende en garantía a la sociedad, que se convierte en propietaria fiduciaria de los mismos hasta la devolución del dinero prestado, con los gastos, intereses y margen de beneficio. Hechos estos abonos, el usuario adquiere el pleno dominio de los bienes, mediante el ejercicio de la opción; si no la ejerce, no adquiere la propiedad.

Como dice CABANILLAS SÁNCHEZ (23), es la tesis clásica de GIOVANNOLI, seguida en nuestro Derecho por DE LA CUESTA RUTE. En contra de ella se pronuncian casi todos los autores y la misma Jurisprudencia, con un argumento decisivo: es la sociedad la que adquiere los bienes, por lo que no puede pretenderse que el pago del precio al suministrador extingue una deuda del usuario. No se comprende por qué motivos el usuario no compra directamente los bienes al suministrador una vez que la sociedad de "leasing" le ha prestado el dinero, como dice acertadamente CABANILLAS.

Parece rozar esta tesis el reciente trabajo de GARCÍA SOLE (24), en cuanto que califica el arrendamiento financiero como contrato de naturaleza estrictamente financiera, afirmando que el cumplimiento de las obligaciones del arrendador financiero se agota con el pago al proveedor designado por el cliente del precio del objeto del contrato.

A nuestro juicio, aunque las Sociedades de Arrendamiento Financiero se configuran hoy legalmente como Entidades de Crédito (art. 39.3 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de acuerdo con la Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Económica Europea), no cabe duda de la particular especialización impuesta por su objeto social exclusivo que solamente puede encajar en la idea de *operación análoga* de las que específicamente señala la definición legal de dichas Entidades de Crédito: recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros, como actividad típica y habitual (art. 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, hoy modificado por la Ley DIEC). En este sentido, compartimos el punto de vista de SEGURADO LLÓRENTE (25) de que la forma que adoptan las relaciones financieras entre las partes intervinientes en una operación de arrendamiento financiero globalmente considerada, aparece centrada en la sociedad arrendadora-financiadora, como conector de una serie de flujos monetarios entre dichas partes: hay un proceso de financiación de

Anuario de Derecho Civil, tomo XXXV, fascículo I, enero-marzo de 1982, págs. 53 y ss.

(23) Trabajo citado, págs. 54 y ss.

(24) FERNANDO GARCÍA SOLE: "La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor", en *Actualidad Civil*, núm. 15, abril de 1989, pág. 1.068.

(25) Obra citada, pág. 19.

la propia sociedad de "leasing", que necesita de un proveedor de dinero; hay un proceso de compra del bien por la sociedad, apareciendo la figura del proveedor del bien; y hay un proceso del contrato de "leasing" entre la sociedad y el usuario. Existen —dice el autor— analogías entre el proceso de financiación de la sociedad y el "leasing", si consideramos a ambas operaciones como crediticias de financiación, pero no ocurre lo mismo en el *ámbito jurídico* y operativo de las mismas. Ciertamente, a nuestro juicio el ropaje jurídico que reclama una operación de arrendamiento financiero es muy distinto del que basta para una mera operación de crédito o préstamo.

2) *El "leasing" como negocio fiduciario*

Es una tesis íntimamente conectada con la anterior. La sociedad del "leasing", como propietaria fiduciaria de los bienes, puede oponer su derecho de propiedad frente a todos. Frente al usuario o vendedor fiduciante, la sociedad está obligada a cumplir el pacto de fiducia. Es decir, el "leasing" produce efectos reales oponibles "*erga omnes*" (v. gr. los acreedores del usuario y sus causahabientes) y personales (entre usuario y sociedad de "leasing", que no podrá enajenar los bienes a virtud del pacto de fiducia).

El rechazo a la tesis del doble efecto del negocio fiduciario es hoy general en la doctrina, a partir de las enseñanzas de don FEDERICO DE CASTRO (26), y como dice CABANILLAS (27), la titularidad fiduciaria no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía del préstamo disimulado) y los actos dispositivos del fiduciario-titular dominical serán plenamente eficaces respecto de terceros de buena fe y a título oneroso.

AMORÓS GUARDIOLA (28) plantea la relación del "leasing" con la teoría del negocio fiduciario por la evidente desproporción entre el medio jurídico formalmente empleado (cesión de uso unida a una opción de compra) y el fin económico realmente querido (compra a plazos de un bien con reserva de dominio que, como veremos, es la tesis de este autor). Sin profundizar en el tema, que se aparta de su personal concepción del problema, estima que el "leasing" se asemeja bastante a la fiducia "*cum creditore*" y recuerda

(26) "El negocio jurídico", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 379 y ss.

(27) Trabajo citado, pág. 58.

(28) Ponencia citada, págs. 815 y ss.

que la idea de fiducia o "trust" es propia de la mentalidad anglosajona, creadora de la moderna figura.

3) *El "leasing" como arrendamiento*

Dice muy acertadamente DE LA VIÑA MAGDALENO (29) que la doctrina dominante centra el "leasing" en el contrato de arrendamiento, pero enseguida le pone un apellido: "especial", "sui generis", "complejo", "financiero", etc.

Ha defendido particularmente esta tesis CABANILLAS SÁNCHEZ, en un trabajo ya clásico entre la mejor bibliografía sobre el "leasing" (30). Hay que huir de las ficciones —dice— y examinar el negocio tal como se desarrolla en la realidad. Y es indudable que la definición legal del arrendamiento de cosas del art. 1.543 del Código Civil se acomoda perfectamente al fenómeno "leasing", a su estructura y al propósito de las partes. El hecho de que tenga el "leasing" una finalidad financiera, simplemente determina su carácter de *arrendamiento especial*, pues la misma se superpone a la causa del contrato: la cesión onerosa del uso y disfrute de los bienes durante el plazo estipulado. La compraventa previa entre el suministrador de los bienes y la sociedad de "leasing", no desvirtúa su esencia arrendaticia, porque cada uno de estos contratos tiene causas propias. Tampoco es óbice a esta calificación arrendaticia la habitual cláusula de subrogación del usuario en los derechos de la sociedad frente al suministrador, pues no afecta en modo alguno a la causa que caracteriza al arrendamiento de cosas. Y en el plano legislativo, tanto el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 (art. 19), como el Real Decreto de 31 de julio de 1980 (arts. 1 y 2), se refiere a las empresas de arrendamiento financiero, al que define como arrendamiento con opción de compra. No obstante —por evidentes razones cronológicas, al ser su trabajo anterior— no recoge CABANILLAS la referencia a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuya Disposición Adicional Séptima, como antes recogíamos, al definir el arrendamiento financiero, no se habla de arrendamiento, sino de *cesión de uso*.

También SEGURADO LLÓRENTE (31) configura el "leasing" como contrato especial de arrendamiento de cosas, convenio traslativo de uso atípico, cuya unidad contractual no queda desvirtuada por la inclusión de cláusulas que lo conforman como un arrendamiento con finalidad finan-

(29) Ponencia citada, pág. 96.

(30) Trabajo del *Anuario de Derecho Civil*, ya citado, págs. 58 y ss.

(31) Obra citada, págs. 62 y 63.

ciera, ni por el hecho de existir operaciones preparatorias, pues la compra-venta entre el arrendador y el suministrador del bien constituye una relación jurídica separada y distinta del arrendamiento celebrado entre el primero y el usuario-arrendatario. Aunque reconoce que la adquisición del bien por la sociedad es determinada directamente por el arrendamiento, ya que se trata de un contrato de ejecución (adquisición del bien) dentro del marco de otro distinto (arrendamiento financiero).

En la obra clásica de COILLOT (32), se afirma que el simple contrato de arrendamiento no basta para explicar la operación del "leasing". Y DE LA VIÑA MAGDALENO (33) pone de relieve que la definición que da el Código Civil del arrendamiento puede amparar otra figura jurídica que constituye un género, respecto del cual el arrendamiento es sólo un subgénero, y que es la cesión de uso. La cesión de uso no es privativa del arrendamiento, pues vemos que hay cesión de uso, por ejemplo, en el comodato, y, con carácter oneroso, en los derechos reales de uso y usufructo constituido por contrato, en el censo enfitéutico y en el consignativo, en la servidumbre, en el precario e incluso en el mutuo.

La tesis del "leasing" como arrendamiento la ha rebatido con brillante argumentación AMORÓS GUARDIOLA (34). La resumimos en los siguientes puntos:

a) Más importante que la estructura del contrato o elementos concurrentes es la función o finalidad perseguida por las partes y la única finalidad subyacente es la adquisición de la propiedad del bien, no la del arrendamiento con una opción de compra superpuesta, aunque formalmente esto es lo que se diga en los documentos.

b) En el arrendamiento, el pago de las rentas periódicas es la contraprestación por la cesión del uso de la cosa arrendada y esta es la causa onerosa, como contrato típico. En el "leasing", los pagos periódicos no representan el coste del uso, sino la fragmentación en plazos de valor total de la finca, incrementados con los intereses, los gastos de la operación y la cifra de beneficio industrial de la sociedad de "leasing". Es frecuente que en los contratos se hable de precio y, sólo después, en función de esa cantidad total, se calculan las rentas periódicas.

c) Los derechos y obligaciones nacidos del "leasing" se apartan sustancialmente del esquema del arrendamiento, hasta tal punto que de éste no queda nada más que el uso y el nombre. Efectivamente: se transfieren

(32) JACQUES COILLOT: *El leasing*, editado por MAPFRE, Madrid, 1974.

(33) Ponencia citada, pág. 99.

(34) Ponencia citada, págs. 800 y ss.

al arrendatario los riesgos técnicos de la operación, de la propiedad; se libera a la sociedad de "leasing" de responsabilidad por la falta de entrega de la cosa o del goce pacífico, sin que, como contrapartida, el arrendatario se exima de la obligación de pago; el arrendatario soporta los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa; se pacta la resolución por impago de uno de los plazos, con derecho de la sociedad para reclamar todos los plazos pendientes y perdiendo el arrendatario, como cláusula penal, lo ya pagado, cláusula que no tiene sentido en el arrendamiento; los pagos se instrumentan a través de letras de cambio, a veces, afianzadas por terceras personas; se obliga al arrendatario a pagar los impuestos que graven los bienes; etc.

d) Todos estos pactos desnaturalizan gravemente la relación arrendaticia y son propios, unas veces de un préstamo, otras de una transmisión de propiedad. Se produce una acumulación de normas contractuales que dan al contrato de "leasing" un contenido confuso y contradictorio y que no se corresponde con el arrendamiento típico: la cesión de uso del "leasing" no es la propia de un uso arrendaticio porque no existe una causa jurídica de arrendamiento.

e) Si consideramos el segundo de los elementos estructurales del "leasing", la *opción de compra*, vemos que tampoco su esquema contractual coincide con el derecho de opción de compra típico: el precio fijado para la compra al término del período de uso es sustancialmente distinto de su valor en cambio y la razón está en que dicho precio ya ha sido satisfecho por el usuario en los plazos pagados, que no se corresponden con un canon arrendaticio normal; el plazo habitual para el ejercicio de la opción, suele tener una duración mayor que la que se da en el "leasing", en este caso muy breve (30 o 60 días), lo que evidencia que se considera un plazo más.

La espléndida argumentación de AMORÓS pone de manifiesto, a nuestro juicio, las diferencias sustanciales entre el contrato de "leasing" y el contrato de arrendamiento. El "leasing" no es un arrendamiento típico: en el "leasing", como contrato de prestaciones múltiples y sucesivas, hay una cesión de uso, pero no un arrendamiento como tal. Otra cosa en la tesis alternativa que AMORÓS ofrece, que veremos a continuación.

4) *El "leasing" como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio*

DE LA CUESTA RUTE en el año 1970 (35) y ZUMALACÁRREGUI en 1971 (36) habían defendido esta tesis en relación con el "leasing" mobiliario.

El "leasing" —dice el primero de estos autores— es una operación de crédito y el ánimo del empresario es el mismo que le lleva a convenir una compraventa; la diferencia está únicamente en el modo de financiarla y, si la compraventa se realizara directamente entre fabricante y usuario, no se negaría su condición de venta disfrazada; la relación triangular no cambia esa situación.

El segundo autor estima que la amortización de un bien de vida útil limitada es también limitada, breve, superponiéndose el precio del alquiler hasta superarlo, de tal modo que, más que arriendo, es una venta. En el "leasing" se encubre un arriendo, pero se produce de hecho la transmisión del dominio de la mayor parte de la utilidad de la cosa, con facultad además de adquirir el objeto desvalorizado. Y concluye: el "leasing" no deja de ser una venta a plazos, por lo que debe entrar en el juego de la Ley de Venta a Plazos de 1965.

También por razones cronológicas, ZUMALACÁRREGUI no podía prever que el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, instaurador, como vimos, en España del régimen de las empresas de "leasing", excluiría los bienes muebles objeto de operaciones de esta clase de la Ley de Venta a Plazos y del Registro en la misma implantado.

En su Ponencia al VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1984), ha defendido también AMORÓS GUARDIOLA, en relación con el "leasing" inmobiliario, la concepción de este contrato como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio. Después de atacar el carácter arrendaticio del "leasing", afirma que la causa del contrato, para la sociedad de "leasing", es financiar una adquisición y sus problemas deben reconducirse a la categoría general de las operaciones de crédito a plazos. La sociedad de "leasing", como tal entidad financiera, no debe arrendar, pues el arrendamiento no es una operación de crédito. Y en esto lleva razón AMORÓS: el arrendamiento se saldría del objeto social que, por mandato legal, está reducido a la operación de "leasing" como tal (37).

(35) En sus "Reflexiones en torno al 'leasing'". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 118, págs. 533 y ss.

(36) En su conferencia sobre "Financiación de las ventas a plazos y su protección registral". Centro de Estudios Hipotecarios. Está publicada en el tomo *Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil*. Año 1971, págs. 11, 52 y ss.

(37) Ponencia citada, págs. 804 y ss.

Cuando los defensores del "leasing" —sigue diciendo AMORÓS— subrayan la importancia de ese arrendamiento que se cede para mantener la propiedad, están descubriendo la verdadera naturaleza del contrato: una venta con precio aplazado y reserva de dominio en garantía, si bien la reserva de dominio en vez de formularse paladinamente, se disimula (contrato simulado) mediante el pseudoarrendamiento y la posición del arrendador propietario.

Para redondear su tesis, AMORÓS se pregunta: ¿por qué entonces no se celebra un verdadero contrato de venta a plazos con reserva de dominio? La respuesta —dice— es variada: las ventajas de un contrato de adhesión, las dificultades de otras formas de financiación, la protección fiscal del "leasing", no ser necesario un desembolso inicial, la ineficacia de la garantía hipotecaria del precio aplazado si la subasta no cubre los plazos pendientes, la falta de interés de la sociedad de "leasing" en adquirir los bienes y, por tanto, el desinterés en utilizar la condición resolutoria, el coste de las garantías tradicionales (hipoteca, condición resolutoria, etc.).

Como creemos que la argumentación contraria a la tesis de AMORÓS se encuentra en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1963, a las que más adelante aludiremos, dejamos para ese momento el oportuno análisis de fondo. Pero quisiéramos dejar ya apuntado un dato importante. Toda la argumentación de AMORÓS se apoya en un convencimiento previo, respuesta a una pregunta que el propio autor se formula: "¿Qué es lo que se financia aquí?", y se responde: "La adquisición de un bien. No de su uso, sino de su propiedad". Personalmente, entendemos que esto no puede aceptarse como regla general, sobre todo, cuando el valor residual es alto (algunos autores señala hasta un 15 o un 20 por 100, especialmente en el "leasing" de inmuebles) y el interés de un profesional o de una empresa está en no descapitalizarse, de una parte, y en no aumentar su inmovilizado, de otra. Y si lo que pretende es financiar la adquisición de la propiedad de un bien, tampoco se explica la previa transmisión de la misma por el usuario-dueño a la sociedad en los casos del llamado "léase back" o "retroleasing".

5) *El "leasing" como contrato nuevo complejo, pero con unidad causal*

Bajo esta rúbrica, incluimos algunas de las posiciones doctrinales que tratan de buscar la identidad del contrato de "leasing" alejándose, en mayor o menor grado, de las figuras contractuales típicas o ya acuñadas, legal e históricamente. Podríamos decir que se trata de construir el nuevo contrato no como arrendamiento, no como negocio fiduciario, no como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio, ni siquiera como

una suma de figuras contractuales típicas, como pueden ser el arrendamiento y la opción de compra principalmente, sino que se trata de construir el "leasing" como "leasing", y nada más. Recordando el cuento de nuestro amigo, el portorriqueño SANDOVAL ALEMANY, ante aludido, se trata de examinar y estudiar globalmente el elefante, no una de sus partes y, además, con los ojos bien abiertos, no ciegamente, como los científicos del cuento.

Sin ánimo de agotar dichas posiciones doctrinales, recogeremos una breve síntesis de las que nos parecen más caracterísitas.

a) *Posición de DE LA VIÑA MAGDALENO* (38). Después de hacer un análisis de la teoría general de los contratos atípicos, califica el "leasing" de *contrato mixto* en el que se funden dos formas contractuales atípicas —la cesión de uso y la opción de compra— con causa única, aunque las prestaciones a favor del usuario sean varias. Si los elementos contractuales se disocian, no estaremos en presencia del "leasing", sino de otra modalidad contractual, que puede integrar un arrendamiento o una cesión de uso atípica, y la opción de compra es el elemento esencial integrante del contrato.

Si se rechaza la tesis del contrato mixto —por exigirse que esté constituido siempre por prestaciones típicas— estaremos ante un *contrato atípico e innominado*, que se regirá, a falta de normas propias, por las generales de las obligaciones y contratos, amén de la labor interpretativa de la Jurisprudencia.

Respecto de su calificación como *contrato civil o mercantil*, plantea el problema del acto de comercio y su distinción del acto civil. Si se identifica el "leasing" con la *compraventa*, ya sabemos que la calificación mercantil de este contrato ofrece ciertas dificultades al interpretar los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. Si nos pronunciamos por la teoría del *negociofiduciario* y consideramos al usuario como verdadero comprador, faltaría el propósito de revender y el ánimo de lucro en el comprador. Y, si se asimila el "leasing" al *arrendamiento*, las dificultades serían mayores, al ser el arrendamiento un contrato típicamente civil, no regulado en el Código de Comercio. Termina DE LA VIÑA señalando que en diversos países (Francia, Bélgica, Holanda, Portugal), se califica de mercantil la compra de bienes no sólo para revenderlos, sino también para alquilarlos.

b) *Posición de ZAYAS SANZA* (39). La calificación de *contrato mixto*

(38) Ponencia citada, págs. 99 y ss.

(39) FRANCISCO JAVIER ZAYAS SANZA: "El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario. Leasing inmobiliario", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 2, págs. 22 y ss. Recoge este autor la Sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia

viene avalada, a su juicio, por la reciente normativa, al considerar la opción de compra como elemento esencial del "leasing". Y por contrato mixto entiende aquel que se sirve de elementos propios de diversos contratos típicos, frente a los contratos *atípicos* que son aquellos que se alejan totalmente de los tipos contractuales regulados por la ley.

Sobre si estamos ante un *contrato civil o mercantil*, a pesar de que las disposiciones reguladoras no definen su naturaleza, cree que, por tratarse de un contrato perteneciente a la serie orgánica de la actividad constitutiva de la empresa, es de naturaleza mercantil.

c) *Posición de BENAVIDES DEL REY* (40). Este autor ha estudiado muy detenidamente la problemática del "leasing", especialmente del inmobiliario, aunque entendemos que sus puntos de vista pueden fácilmente generalizarse a todo tipo de arrendamiento financiero.

Distingue entre la adquisición del bien, para su posterior cesión en régimen de arrendamiento financiero, y el contrato de arrendamiento financiero propiamente dicho; y, dentro de éste, la atribución de la opción de compra al usuario y el posible ejercicio por el mismo de la referida facultad. Los autores, por ello, señalan hasta tres figuras jurídicas implicadas: un contrato de *mandato* entre la sociedad de "leasing" y el futuro arrendatario; un contrato de *compraventa* entre el proveedor y la sociedad; y un contrato de *arrendamiento* que incluye una *opción de compra* del bien.

Las conclusiones de BENAVIDES DEL REY pueden sintetizarse así:

1.^a) La problemática del arrendamiento financiero no puede resolverse ni explicarse acudiendo a fórmulas artificiosas o a la simple superposición o yuxtaposición de moldes jurídicos concebidos claramente para cumplir otros objetivos sociales o para dar cabida a otras situaciones jurídicas.

2.^a) La actividad de las sociedades de "leasing", al adquirir el bien para cederlo en arrendamiento, no encaja en la figura del *mandatario* y menos aún en la del *mandante*. Aquella es la típica de quien actúa en su propio nombre y por cuenta propia. No existe la "*contemptatio domini*", característica del mandato: el precio lo hace efectivo la sociedad de "lea-

Territorial de Madrid de 12 de mayo de 1982, que en relación con el "leasing" mobiliario, calificó estos contratos de *naturaleza mercantil*, conforme al art. 2.º del Código de Comercio, habituales de la empresa, que envuelven una operación de financiación netamente mercantil, operada entre comerciantes y con fines industriales y comerciales.

(40) JOSÉ LUIS 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". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, págs. 1.171 y ss.

sing", que adquiere la titularidad y hacia la que se proyectan los resultados civiles, fiscales y, en su caso, hipotecarios de su actuación.

3.^a) Tampoco existe en la adquisición del bien por la sociedad del "leasing" un paralelismo claro con la *gestación de negocios ajenos*, pues no se explica la adquisición para luego ceder en arrendamiento, que marginaría el papel de aquella en la financiación.

4.^a) Estamos —resume BENAVIDES— ante una nueva realidad social y económica: el "leasing" debe catalogarse como un *contrato mixto* en el que se funden dos formas contractuales de contenido atípico: el arrendamiento y la opción de compra, con causa única.

d) *Posición de FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, RIVAS MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO.* Estos autores, en un reciente trabajo conjunto presentado al XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (Amsterdam, 1989), afirma la imposibilidad de entender la estructura y efectos del "leasing", sin estudiar previamente el problema de su naturaleza jurídica (41).

El arrendamiento financiero aparece como una realidad compleja, pues su formalización y ejecución obliga: 1) a la adquisición en propiedad del bien por la sociedad de arrendamiento financiero, siguiendo las especificaciones del futuro usuario; 2) a la cesión de uso por la Entidad al interesado, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas; 3) al establecimiento de una opción de compra a favor del usuario que, si la ejercita, al término del contrato, adquirirá el pleno dominio del bien, y, si no la ejercita, el arrendador podrá ceder el bien a un nuevo usuario. Ahora bien —se preguntan— ¿el "leasing" es una suma de diferentes contratos o más bien es un negocio jurídico complejo y unitario diferente de los negocios que lo integran?

A juicio de estos autores, el contrato de "leasing" está constituido en su aspecto externo por contratos diferentes, negocios aparentemente independientes entre sí, pero que en la realidad integran un negocio distinto de carácter unitario. Es una relación negocial que tiene como finalidad principal la financiación y adquisición de un bien determinado.

Estamos ante una relación jurídica unitaria, autónoma e independiente de los negocios que integran su estructura contractual; una figura nueva, un derecho real nuevo, distinto y diferenciado de los negocios que lo componen.

(41) ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, con la colaboración de JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ y JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO: "Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales". Ponencia de España en el XIX Congreso de la Unión Internacional del Notario Latino, Amsterdam, 1989. Consejo General del Notariado, Madrid, 1989, págs. 145 y ss.

Como figura nueva —concluye— está sometida a su propio régimen legal que, aunque participa inevitablemente de las características componentes de dos formas contractuales, que constituyen sus elementos estructurales fundamentales (el arriendo y la opción de compra), da lugar a un derecho de naturaleza jurídica real inequívocamente diferenciada de la de aquellos. Y resumen: tanto el arrendamiento como la opción de compra, más que quedar desnaturalizados, quedan embebidos, difuminados, absorbidos por esa nueva figura jurídica independiente, con sustantividad propia como derecho real, que es el "leasing" o arrendamiento financiero.

C) *Derecho Comparado*

1) *Derechos nacionales (42)*

Aunque el origen del "leasing" —como ya se ha apuntado— hay que buscarlo en los Estados Unidos, en Europa la evolución del "leasing" se ha centrado en cuatro países miembros de la Comunidad Económica Europea, que absorben el 80 por 100 de la actividad: Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania.

Fue *Gran Bretaña* el país europeo que abrió brecha en el contrato de "leasing", creándose en 1960 una filial de la "United States Leasing Corporation". Partiendo del "Uniform Commercial Code", se elaboró un proyecto de "Lending and Security Act." Como antes veíamos, para el Código americano, el "leasing" es una de las varias garantías o "security interest".

En *Francia*, la Ley 66-455, de 2 de julio de 1966, estableció ya una normativa específica de la actividad, configurando las operaciones de "leasing" como arrendamiento en el que el arrendatario tiene la facultad de adquirir los bienes alquilados por un precio ya convenido. El "leasing" inmobiliario tiene su regulación en la Ordenanza de 28 de septiembre de 1967 que reglamentó las populares SICOMI ("Sociedades Inmobiliarias para el Comercio y la Industria") cuyas operaciones suponen la cesión en alquiler o por cualquier título de bienes inmuebles, siempre que el cesionario pueda llegar a convertirse en propietario. La Jurisprudencia francesa (Sentencia del Tribunal Comercial de La Rochelle de 24 de junio de 1964), ha calificado el contrato de "leasing" como de arrendamiento con opción de compra a favor del usuario. En orden a la doctrina, algunos autores

(42) Véanse los citados trabajos de CABANILLAS SÁNCHEZ, págs. 46 a 50; DE LA VIÑA MAGDALENO, págs. 78 a 80; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, págs. 91 a 95; y SEGURADO LLÓRENTE, págs. 27 a 29.

han rechazado la naturaleza arrendaticia del "leasing", considerándolo como contrato "sui generis" que no puede incluirse en ninguno de los tipificados; para otros, no es más que un préstamo de dinero.

En *Italia*, como ocurre en España, no hay una regulación sustantiva general del "leasing" financiero. Un proyecto de ley de 25 de julio de 1979 está inspirado en la Ley Francesa. La Sentencia de 14 de diciembre de 1972 del Tribunal de Vigevano, consideró que el "leaisng" no puede calificarse jurídicamente de venta con reserva de dominio, al faltar la causa propia de la venta, pues la finalidad del contrato era consentir el uso, sin la necesidad de adquisición de la propiedad. La doctrina italiana maneja hasta cuatro tesis sobre la naturaleza del "leasing": arrendamiento, venta, contrato mixto y préstamo con garantía real.

En *Alemania*, las primeras sociedades de "leasing" aparecen en 1962, a iniciativa de los Bancos, como en otros países. Falta una reglamentación específica de los aspectos sustantivos del "leasing". Los Decretos de 19 de abril de 1971 y 21 de marzo de 1972 están inspirados en la doctrina de la Sentencia del "Bundesfinanzhof" de 26 de enero de 1970, que atribuye la *propiedad económica* de los bienes al usuario en ciertos casos (duración del contrato igual o superior a la vida económica de los bienes, opción de compra meramente simbólica, bienes que sólo tienen significado económico para el usuario, etc.). Aunque la Sentencia aproxima el "leasing" financiero a la venta, la doctrina apunta las dificultades de admisión de la *propiedad económica* frente a la *propiedad jurídica* y considerar propietario a quien no es poseedor a título de dueño. Unos autores asimilan el "leasing" al arrendamiento; otros consideran que hay un contrato mixto; otros lo califican de contrato "sui generis" cuyas particularidades nacen de su función financiera.

2) *Derecho comparado congresual*

La Comisión Tercera del VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, octubre de 1984), dedicó sus trabajos al estudio del "Leasing inmobiliario y sus repercusiones jurídicas". Quedó señalado el amplio debate que suscitó el problema de la naturaleza jurídica del "leasing" y, al final, la Asamblea aprobó una fórmula de compromiso, de la que pueden extraerse las siguientes notas: 1.^a) el "leasing" es un contrato complejo, integrado por diversos elementos; 2.^a) a pesar de los términos en que se redacta, el "leasing" no debe equipararse con el arrendamiento ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra; 3.^a) el "leasing", por la unicidad de su causa, constituye una realidad

unitaria e independiente, y 4.^a) a falta de regulación sustantiva, deben aplicarse al "leasing", en primer lugar, las reglas generales de la contratación, y en segundo lugar las correspondientes al contrato más semejante de acuerdo con su naturaleza jurídica (43).

Creemos que este último dato es muy importante, en cuanto aleja el contrato de "leasing" de la normativa propia de los contratos típicos, a los que sólo recomienda la fórmula adecuada acudir a falta de normas generales sobre la contratación.

D) *El problema en la Jurisprudencia*

Una previa advertencia: toda la Jurisprudencia que citaremos ha tenido como base contratos de "leasing" mobiliario. Sin embargo, como avanzamos más arriba, entre ambos tipos de contrato de "leasing", a nuestro juicio, no hay diferencias desde el punto de vista causal y estructural, sin perjuicio de las diferencias en la problemática económica y negocial de la figura, por las esenciales diferencias entre muebles e inmuebles. Enfocaremos, pues, los fallos que siguen como doctrina de aplicación común a ambos tipos fundamentales de "leasing".

El Tribunal Supremo se ha movido entre la concepción del "leasing" como compraventa de bienes a plazos, cuando se dan determinadas circunstancias (1978), o como negocio mixto, contrato complejo y atípico (1981 y 1983). En otro nivel, la Audiencia Territorial de Madrid (1987) vuelve a la idea del contrato arrendaticio.

Pero veamos un extracto de los respectivos fallos.

1) *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978*

La doctrina de la Sentencia (recogida en el primer Considerando) sostiene que los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, denuncia, *por las condiciones particulares*, la existencia de una *compraventa de bienes muebles a plazo*, contrato que, en consecuencia, está sujeto a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su art. 2.º. En consecuencia "no son oponibles a terceros, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Venta a Plazos, según previene el art. 23 de la mencionada ley especial". La Entidad recu-

(43) Véanse *Anales del VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, cit., pág. 531.

rente había sostenido, por el contrario, que tales contratos son *atípicos*, cabiendo subsumirlos, en lo fundamental, en el art. 1.543 del Código Civil (es decir, en el *arrendamiento de cosas*).

Esta Sentencia ha sido comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ (44), poniendo de relieve la extraordinaria importancia de la cuestión, pues, si se afirma la aplicación de la Ley de Venta a Plazos y la sociedad de "leasing" no ha hecho constar su titularidad dominical en el Registro, no puede oponerse la misma a los terceros (en el caso de la Sentencia, los acreedores del usuario que embargaron los bienes cedidos en "leasing") (45).

Si la opción de compra es unilateral —dice CABANILLAS—, sólo si el usuario ejercita la opción adquiere la propiedad de los bienes y nada le obliga a adquirirlos al vencer el plazo del arrendamiento. En cambio, en la venta a plazos el comprador tiene que abonar obligatoriamente al vendedor una parte en el momento del contrato y el resto del precio en los plazos fijados. Por último, en el "leasing", la propiedad de los bienes la conserva la sociedad, sin más; en cambio, en la venta a plazos, es necesario un pacto expreso de reserva de dominio.

Si la opción de compra es bilateral, se crea a favor de cada una de las partes la facultad de exigir el cumplimiento del contrato, pero la efectividad de la venta requiere declaración de voluntad de las partes. Por tanto —dice, siguiendo a CREMIEUX—, sólo hay riesgo de que la operación sea calificada de venta.

En cualquier caso, si se prueba que, bajo la forma de "leasing" financiero, se encubre una auténtica venta a plazos, se aplicará la Ley de 17 de julio de 1965 (pero esto requiere solucionar un problema previo de prueba procesal).

(44) *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, fascículo III, M-80, págs. 759 y ss.

(45) En el comentario de CABANILLAS a esta Sentencia (véanse nota anterior), hace el autor una completa relación de las posiciones de aquellos juristas que han estudiado el problema de la naturaleza del "leasing" en relación con la concepción del mismo como venta a plazos: MARTÍN OVIEDO (el "leasing" no se estructura formalmente como venta a plazos); GARRIGUES y SÁNCHEZ CALERO (no es una venta a crédito, sino una figura especial); ILLESCAS (si la opción es bilateral, estaríamos ante una auténtica venta a plazos); IGLESIAS PRADA (la eficacia del "leasing" reside en la cesión del uso y no de la propiedad, por lo que no puede centrarse correctamente en la compra-venta la finalidad económica del negocio) y VIDAL BLANCO (la diferencia esencial entre el "leasing" y la compra-venta está en la titularidad de la propiedad del bien).

2) *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981*

La doctrina de esta Sentencia, muy minuciosa, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) El arrendamiento financiero ("leasing") se diferencia de la venta a plazos y no es posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras. Al contrario, ya se entienda que el "leasing" constituye un *negocio mixto* en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ya se entienda que se trata de un supuesto de *conexión de contratos* que deben ser *reconducidos* a una unidad sustancial o esencial, "el parecer más autorizado y desde luego mayoritario, lo acentúa de *contrato complejo y atípico*, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que, si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio, en el que el "leasing" opere como negocio aparente para cubrir como querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2.2º de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa, como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o "leasing" como si fuera una compraventa de esta modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta".

b) Carente tal contrato de regulación en nuestro Derecho positivo, en el campo del Derecho privado, su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía de la voluntad y libertad de pacto del art. 1.255 del Código Civil. Incluso —dice la Sentencia— está regulado en otros órdenes, como es el "leasing" automovilístico (Circular de la Jefatura de Tráfico Central de 16 de febrero de 1974) y en el ámbito fiscal (Reglamento 3-12-1971 y 10-1-1972, Orden 3-6-1976 sobre normas de adaptación al Plan General de Contabilidad de las Sociedades de "Leasing" y, muy especialmente, Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, que le dedicó todo el Título II).

c) No se puede hablar de la apariencia simulatoria de un contrato de venta a plazos cuando (como en el caso de la Sentencia) sólo hay cesión de uso, sin emplazamiento de la propiedad, retenida por la sociedad, y que sólo pasa al usuario mediante el ejercicio de la opción de compra, por un precio no precisamente simbólico, correspondiente al valor residual (que era de más de dos millones de pesetas, aún tratándose de un "leasing" mobiliario), incluso con la facultad, si el usuario no ejercita la opción, de exigir la recompra a la empresa vendedora.

d) El negocio, por su estructura y desarrollo, es ajeno a toda idea de *un préstamo de financiación* de los previstos en la Ley de 17 de julio de

1965 y la *atipicidad del contrato* no queda desvirtuada por la circunstancia de que la cantidad tomada a cuenta, a título de garantía, sea importante, ni porque la contraprestación de la arrendataria fuera atendida con el giro de letras a cambio.

3) *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983*

Esta Sentencia reitera, a veces literalmente, la doctrina de la anterior. No obstante, debemos destacar algunos aspectos de los respectivos Considerandos.

a) El denominado arrendamiento financiero se encuentra entre las formas contractuales que las necesidades de la vida económica y social han introducido en el campo jurídico, sin regulación legal hasta el Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977.

b) El "leasing" es distinto de la compraventa a plazos con reserva de dominio, así como del préstamo de financiación a comprador de bienes a plazos.

c) Es de esencia en esta figura que sólo se transmite el uso de la cosa, que es seleccionada y elegida por el arrendatario como futuro usuario, el cual ha elegido asimismo a la persona del fabricante o proveedor, que entrega el bien directamente al arrendatario, que contrae la obligación de entrar en la posesión del mismo y recibirlo en nombre del arrendador como propietario y en nombre propio como arrendatario.

4) *Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 1 de octubre de 1987*

Esta Sentencia parte de la concurrencia en el contrato en cuestión de las circunstancias propias de una relación arrendaticia o *contrato arrendaticio*, en el que se transmite el uso de una cosa y sin perjuicio de la añadida opción de compra a favor del usuario, y sin que sea obstáculo a esa calificación la manifestación en las condiciones generales de que la elección del bien objeto de arrendamiento la haya hecho el arrendatario, por lo que éste declara que no responsabiliza al arrendador de su adecuación al fin a que va destinado.

Como resumen-comentario de estos fallos podemos decir que la Jurisprudencia española configura el contrato de "leasing" como *contrato atípico*, más allá de la noción de contrato mixto, como fusión de la cesión de

uso y el arrendamiento con causa única y de la noción de *conexión de contratos* que deben ser reconocidos a una unidad esencial.

En segundo lugar, la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo rechaza la calificación del contrato de "leasing" como *compraventa con precio aplazado y reserva de dominio*, salvo que se pruebe la existencia de un acuerdo simulatorio, que es precisamente lo que ocurrió en la primera de las Sentencias que hemos anotado, que "las condiciones particulares" denunciaron la existencia de una venta a plazos, y aunque del contexto de la Sentencia se deducía una doctrina de aplicación general, al menos a los contratos de arrendamiento financiero de bienes de equipo, rectificada en posteriores fallos.

En tercer lugar, parece que nuestro Tribunal Supremo no toma en consideración la tesis del *carácter arrendaticio* del contrato de "leasing". La Sentencia citada de 28 de marzo de 1978 le ofreció la posibilidad de hacerlo, pues la Entidad recurrente, frente a la tesis de la venta a plazos, había sostenido la existencia de un contrato atípico, al que cabía subsumir, en lo fundamental, en el arrendamiento de cosas. El Tribunal Supremo rechazó esa posibilidad alegando razones precesales (puede verse el Segundo de los Considerando). No parece, pues, que vaya a prosperar la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid que hemos recogido y que califica al contrato de "leasing" como contrato de arrendamiento de cosas, previsto en el art. 1.543 del Código Civil. Y ello porque la doctrina del "leasing" como contrato atípico está ya reiterada en las Sentencias de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983, también recogidas.

En definitiva, la Jurisprudencia actual configura el contrato de "leasing" ... como *contrato atípico*, "gobernado por sus específicas estipulaciones y contenido no uniforme", aceptando el Tribunal Supremo "la afirmación hecha por el Tribunal de Instancia, con toda rotundidad, de que el negocio celebrado por las partes constituye un *verdadero y querido contrato de "leasing" o arrendamiento financiero*, cuya definición da al efectuar una tarea calificadora de su naturaleza... premisa incólume en el recurso..., sólo rectificable en casación cuando manifiestamente han sido vulneradas las normas interpretativas o los resultados obtenidos pugna con el recto criterio" (algo que, según se deduce de la dos Sentencias de 1981 y 1983, que recogen esta doctrina no ocurre en los casos contemplados).

E) *Posición personal*

Antes de tomar partido sobre el problema de la naturaleza jurídica del contrato de "leasing" o arrendamiento financiero, nos parece oportuno

hacer algunas consideraciones breves, que enlazan directamente con lo que llamábamos *antecedentes* para el estudio de esta cuestión.

Efectivamente, creemos que éste es el momento en que debe recordarse el origen *anglosajón* del "leasing" y especialmente el esquema del "Uniform Commercial Code" donde, como veíamos, el contrato de "leasing" aparece sintetizado con los demás derechos de garantía en el llamado "security interest". Por su condición de figura importada y, además, por su origen, es de muy difícil encaje en nuestro sistema que, de una parte, como sistema armónico y *plenamente* consolidado, no puede verse perturbado por su recepción. Pero, de otra parte, la ha de aceptar, por razones económicas y sociales y porque no podemos olvidar que la vida negocial y económica y, por tanto, la vida jurídica, se han universalizado y sería poco inteligente poner una muralla de la China a estas realidades.

Debemos ser conscientes también —y aquí entran ya en juego nuestra cultura y nuestras instituciones jurídicas— de la capacidad de recepción de nuestro sistema para aceptar y adaptar la figura, manteniendo sus esencias íntimas. Quizá lo perturbador sea forzar a ultranza su encaje en figuras preexistentes. No hay ninguna institución igual en nuestro Derecho. Pero tampoco lo había en el caso de la *multipropiedad*, que cuenta actualmente en nuestro país con un desarrollo doctrinal de primer orden; ni la hay en el caso del *crédito diferido hipotecario* (por citar dos figuras, también de importación, en trance de adaptación a nuestro Derecho). Creemos, personalmente, que se hace un uso pacato o excesivamente tímido de la teoría del "*numerus apertus*", amparado por el principio de autonomía de la voluntad del art. 1.255 del Código Civil y, en materia de derechos reales inmobiliarios, expresamente recogida en la legislación hipotecaria (artículo 2.º de la Ley y 7.º de su Reglamento) que abre las puertas del Registro de la Propiedad no sólo a los derechos expresamente recogidos en la misma, sino también a los demás derechos de trascendencia real y, ante la duda, a todo acto o contrato que modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

El mecanismo interno de transferencias jurídicas que el "leasing" comporta debe aceptar como es, sin preocuparnos demasiado por cambiarle el nombre, buscando su traducción en algunas de nuestras figuras contractuales, lo que, ciertamente, aliviaría los problemas de su estudio, pero también los falsearía. Aunque no de los significados de "*to léase*" sea arrendar, ya hemos visto que el "leasing", en el "Uniform Commercial Code" no es un arrendamiento puro, tal como lo concebimos en Europa, sino más bien una garantía compleja.

En el "leasing", en fin —y terminamos estas consideraciones— hay prestaciones que conceden uso, pero que se alejan del contrato de arrendamiento; y prestaciones de preferente adquisición, pero que igualmente se alejan de la opción típica; y una compra previa por la sociedad de "leasing", según las instrucciones del usuario, que queremos desligar del contrato de "leasing" propiamente dicho, pero a la que —para mantener a la sociedad en el plano estrictamente financiero— remitimos al usuario cuando tiene problemas con un objeto o bien que él no compró. Bastaría este esquema para comprender que estamos ante una figura radicalmente nueva.

En nuestra opinión, el contrato de "leasing" o de arrendamiento financiero, responde a una serie de notas esenciales de las que hay que partir para tratar de configurar su verdadera naturaleza jurídica en nuestro Derecho. Y que resumimos así:

1.º) El "leasing" es un *contrato atípico*, un contrato nuevo, no encaillable, desde luego, entre las tradicionales figuras *negociales* que deben su origen al Derecho romano. Cuando decimos que es un contrato atípico, afirmamos simplemente que, por no resultar encuadrable en ninguno de los contratos que regula nuestro Derecho, carece de regulación sustantiva. No obstante, esta afirmación hay que hacerla con ciertas reservas, pues, tras la publicación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que, como vimos, contiene (en su Disposición Adicional Séptima) no sólo la definición, sino también toda una serie de requisitos especiales del contrato, podríamos decir, al menos, que el nuevo contrato *empieza a estar tipificado en nuestro Derecho* positivo, siquiera se trate de normas de naturaleza económica y fiscal.

2.º) El "leasing" es un *contrato complejo*, por la pluralidad de transferencias patrimoniales, internas y externas, que constituyen su esencia. Esta complejidad hay que entenderla en el sentido de que el contrato de "leasing", en su constitución y ejecución, muestra elementos, aspectos o prestaciones de las partes que, superficialmente se encuentran en una serie de figuras contractuales ya fuertemente tipificadas: *mandato romano* (si atendemos a la compra previa por la sociedad de "leasing" de un bien "según las especificaciones del futuro usuario"); *arrendamiento* (si reparamos en la cesión del uso del bien hecha por la sociedad al usuario, a cambio del pago de un canon o cuota periódica); *opción de compra* (si contemplamos la posibilidad del usuario de adquirir el bien, al término del período de uso, con preferencia a terceras personas); *fiducia en funciones de garantía* (si pensamos en la entraña financiera del contrato, de la que es máxima garantía no ya la reserva de dominio, sino la conservación del

derecho de propiedad plenos por la sociedad de "leasing" del bien objeto del contrato, con todas las consecuencias que ello comporta).

3.º) El "leasing" es un *contrato unitario con causa única*.

La calificación de contrato complejo no es óbice para que también el "leasing" deba ser calificado de contrato unitario, pues aquella complejidad lo es sólo de orden morfológico, ya que, desde el punto de vista de su fisiología o funcionamiento, responde a una *unidad causal sustancial*, que va más allá de lo que pudieran ser las causas particulares de aquellas figuras o prestaciones aisladas: causa-mandato; causa-arrendamiento o cesión de uso; causa-opción o de derecho de preferente adquisición; causa-fiducia; etc. Esa causa única es la *causa-"leasing" o causa-arrendamiento financiero* (si adoptamos la terminología de la Ley española) que tiene su traducción tanto en el período de perfección del contrato, reclamando *unidad documental* (lo cual no significa necesariamente documento único, pero sí interconexión de la compra previa y el contrato de "leasing" propiamente dicho), así como, tratándose del "leasing" inmobiliario, *unidad registral* (o integración de los distintos asientos del folio registral, para la plena producción de efectos respecto de terceros), como en el período de ejecución (de modo que el ejercicio del derecho de opción, por ejemplo, ha de ajustarse a las condiciones del contrato de "leasing" y no a las especificaciones del derecho de opción, tal como lo regula, si trata de inmuebles inscritos, el art. 14 de Reglamento Hipotecario) (46). Y, como regla general, el contrato debe regirse por su normativa específica, en primer lugar; por las reglas o normas generales de la contratación, en segundo lugar; y sólo por la normativa de otras figuras con las que algunas de sus prestaciones puedan guardar cierta analogía, en defecto de aquellas normas y siempre que no pugnen con su esencial naturaleza de negocio jurídico con causa única.

ANTONIO MANZANO SOLANO

Registrador de la Propiedad

(46) Veíamos, al resumir el Derecho Congresual, que esta solución fue adoptada por el VI Congreso Internacional de Derecho Registral.