

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

SUMARIO: I. *El marco legal del «Leasing» inmobiliario.*—II. *El contrato de «Leasing» inmobiliario:* 1. Aproximación a su naturaleza jurídica.—2. Arrendamiento financiero de inmuebles y la Ley de Arrendamientos Urbanos.—3. El arrendamiento financiero de inmuebles rústicos y la legislación de Arrendamientos Rústicos.—4. Particularidades del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles por razón de su objeto: 4.1. Determinación de la naturaleza de los inmuebles.—4.2. Los problemas del inmueble en proyecto o en construcción: A) Contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto del inmueble en proyecto o en construcción, esto es, al suelo y edificación. B) Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de *Leasing* para que construya sobre un solar propiedad del futuro arrendatario, y posibilidad de que lo edificado (propiedad superficiaria) sea cedido en régimen de arrendamiento financiero al titular del suelo. C) Financiación parcial del inmueble concretada al solar. Edificación por cuenta del arrendatario financiero en base a un derecho de superficie concedido por la Sociedad de *Leasing*.—4.3. El arrendamiento financiero de inmuebles rústicos. Particular referencia al derecho real de vuelo.—III. *Estudio de las condiciones generales:* 1. Introducción.—2. Examen de algunas de las condiciones generales de los contratos de *Leasing* inmobiliario: A) La entrega de la finca en la fecha convenida: Cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* se exonera de responsabilidad si no se encuentra el inmueble a disposición del arrendatario financiero en la fecha convenida: 1.º La Sociedad de *Leasing* es propietaria de un inmueble terminado y apto para servir, inmediatamente, a los fines previstos en el contrato de arrendamiento financiero. 2.º La Sociedad de *Leasing* no es propietario del inmueble. 3.º Supuesto del inmueble en proyecto o en construcción. B) Cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* queda exenta de responsabilidad en los casos de evicción y vicios del inmueble cedido en arrendamiento financiero. Subrogación a favor del arrendatario de los derechos y acciones que pudieran corresponderle en estos supuestos. C) Cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* no responde si el inmueble se deteriora o destruye total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor. D) Cláusula en virtud de la cual la falta de pago de alguna de las mensualidades dará lugar a la resolución del contrato de *Leasing* inmobiliario y al pago inmediato de una parte importante o de la totalidad de las mensualidades no vencidas. E) Cláusula por la que el arrendatario financiero no podrá ceder, subarrendar o traspasar el in-

mueble objeto del contrato. F) Cláusula por la que llegado el término del período contractual de utilización del inmueble sin que el arrendatario financiero lo hubiera adquirido en virtud de la opción de compra, ni restituido a la Sociedad de *Leasing*, el contrato se considerará prorrogado en sus mismas condiciones, precios y plazos.—IV. *La inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el Registro de la Propiedad*: 1. Planteamiento general.—2. El título inscribible.—3. Forma y contenido de las inscripciones.—4. Efectos de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles en el Registro de la Propiedad.—5. Problemática documental y registral relativa a la opción de compra.—V. *Conclusiones*.

PRIMERA PARTE

I. EL MARCO LEGAL DEL *LEASING* INMOBILIARIO

Es el *Leasing*, una de las técnicas financieras modernas, que pretende dar respuesta adecuada a las crecientes demandas de capital en la industria y en el comercio.

Si una de las características del Derecho, es la de recoger de la realidad social los hechos y actos dignos de reconocimiento y protección, proporcionándoles su tutela jurídica, bien puede afirmarse que, en el caso del *Leasing* inmobiliario, y por lo que a España se refiere, el ropaje jurídico ha sido casi simultáneo en su nacimiento al del fenómeno económico subyacente, y en cuanto a alguna de sus posibles manifestaciones (arrendamiento financiero de inmuebles para dedicarlos a fines agrarios, por ejemplo), incluso anterior a éste.

Para concretar el marco legal del denominado *Leasing* inmobiliario, hay que partir del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 que contiene, al mismo tiempo que un conjunto de medidas de carácter fiscal, financiero, y dirigidas a fomentar la inversión pública, las bases fundamentales que configuran ya la institución jurídica objeto de nuestro estudio.

En efecto, conforme al artículo 19, *son operaciones de arrendamiento financiero aquéllas que, independientemente de su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos... Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento.*

En el artículo 20, se señala que: *Los bienes objeto de arrendamiento financiero, han de quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales.*

Par su parte, el artículo 22 determina los requisitos que han de reunir las *Entidades* que, con carácter de habitualidad, tengan por objeto la realización de operaciones de arrendamiento financiero (forma, capital, ob-

jeto social e inscripción en un registro especial del Ministerio de Hacienda).

De manera sencilla y en cierto modo embrionaria, se perfila la figura del arrendamiento financiero desde una triple perspectiva: Entidades que pueden realizarlo; carácter y contenido de la relación jurídica fundamental surgida entre aquéllas y los usuarios; y destino al que, necesariamente, han de quedar afectados los bienes objeto de las operaciones de arrendamiento financiero.

El Real Decreto-ley de referencia, contenía en el apartado dos del artículo 20 las previsiones jurídicas para que el Gobierno, atendiendo a la coyuntura económica, pudiera extender el ámbito de aplicación del mismo, a bienes diferentes de los indicados anteriormente, o afectos a fines distintos de los enunciados en el apartado uno del citado artículo 20.

Teniendo en cuenta la grave crisis por la que atraviesa el sector de la construcción, el Gobierno hace uso de esa autorización y se aprueba el Real Decreto de 31 de julio de 1980, en cuyo artículo 1.º se establece lo siguiente: *Las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero... podrán extender su actividad a la realización de operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles los cuales sean objeto de tráfico empresarial habitual. Tales bienes deberán quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato. En ningún caso podrán realizarse contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda o que no sean necesarios para el ejercicio de los fines señalados anteriormente.*

El artículo 2.º, reproduciendo el último inciso del artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, señala que: *Las operaciones de arrendamiento financiero de inmuebles, contendrán necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento.*

Por su parte, el artículo 3.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, determina que: *Con independencia del régimen jurídico sustantivo que les sea aplicable en cada caso, las operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles... habrán de ajustarse necesariamente a los requisitos exigidos por el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y demás normas legales y reglamentarias que regulan esta materia.*

El examen del precepto que antecede, suscita al menos las cuestiones siguientes: 1.ª Qué debe entenderse por *régimen jurídico sustantivo*. 2.ª Cuál sería éste en cada caso, teniendo en cuenta las diferentes operaciones de arrendamiento financiero. 3.ª La compatibilidad, o incompatibilidad de ese régimen jurídico sustantivo, con las normas legales y reglamentarias que regulan la materia objeto de este estudio.

Sin adentrarnos en el terreno de la especulación jurídica, parece que por *régimen jurídico sustantivo* debe entenderse el conjunto de normas de derecho público o privado y de carácter imperativo o dispositivo que contengan las previsiones necesarias para construir sobre ellas directamente, o por analogía, el régimen jurídico regulador de las relaciones contractuales en que el *Leasing* inmobiliario consiste. Es decir, el cuerpo de normas que puedan incidir en los *sujetos* de una relación jurídica; el *objeto* de la misma, su *forma*, y mecanismos de *protección* legal de aquélla.

Pues bien, de ese conjunto de disposiciones, limitaremos nuestro estudio a las que tengan carácter civil, mercantil o formen parte del denominado derecho hipotecario.

Determinada la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero de bienes inmuebles, las disposiciones relativas a la *forma* del contrato y su *protección jurídica o legal*, particularmente frente a terceros, serán comunes a cualquiera de las operaciones del tipo referido, mientras que los diferentes *finés* a que puedan quedar afectados los inmuebles, así como los *sujetos* de la relación contractual y su específica identidad, dará lugar a un régimen jurídico presumiblemente diferenciado (por ejemplo: Arrendamiento financiero de inmuebles para destinarlos a fines agrarios) por razón de esos aspectos.

Por último, y pese al planteamiento simplista del legislador que remite al *régimen jurídico sustantivo aplicable*, independientemente de la sujeción de las operaciones de *Leasing* inmobiliario a las disposiciones contenidas en los dos Reales Decretos examinados y demás normas legales y reglamentarias que regulan esta materia, es evidente que, entre aquél y éstas puede haber fricciones que será preciso resolver otorgando preferencia reguladora a un conjunto normativo o a otro.

II. EL CONTRATO DE *LEASING* INMOBILIARIO

I. APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

De una manera puramente descriptiva, el *Leasing* inmobiliario puede definirse como un medio de financiación, formalizado en un contrato especial entre dos partes, una de las cuales, cede a otra el uso de un inmueble a cambio de una retribución periódica, durante un plazo al finalizar el cual, el cesionario del inmueble puede, en virtud de una cláusula de opción de compra convenida en el contrato, adquirir dicho inmueble por un valor residual prefijado; realizar un nuevo contrato; o

poner fin al uso del inmueble, mediante reintegración de las facultades de utilización del mismo, al cedente.

La denominada operación de *Leasing* inmobiliario, cuyo proceso culmina en la suscripción de un contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble específico, se desarrolla, sin embargo, en un marco mucho más amplio que éste y cuyo contenido, tanto no negocial como estrictamente negocial, es indispensable exponer.

En efecto, en las operaciones de arrendamiento financiero de inmuebles pueden distinguirse hasta cuatro fases: *Primera*: El futuro usuario del inmueble, desarrolla una serie de actividades dentro de su ámbito normal de actuación. Pertenecen a su más pura esfera interna (estudios sobre la posible utilización futura de un inmueble para cumplir sus fines profesionales, industriales, comerciales, etc.; sus características y condiciones; decisiones y acuerdos al respecto; iniciación de gestiones tendentes a conocer el mercado y seleccionar un inmueble, directamente, o a través de agentes de la propiedad inmobiliaria, etc.).

Segunda: El futuro usuario proyecta sus decisiones al exterior, iniciando una serie de contactos con el titular del inmueble previamente seleccionado. Se procede por éste a elaborar un proyecto para financiar su adquisición de manera que las condiciones de la operación inmobiliaria, puedan ser conocidas, al menos básicamente, por el presunto usuario.

Tercera: Se inicia en los primeros contactos con la Sociedad de *Leasing*. Por parte de ésta, comprende la realización de los estudios técnicos, jurídicos y financieros precisos en relación con el titular del inmueble, éste mismo, y el futuro usuario, con objeto de asegurar el buen fin de la operación y su viabilidad en términos económicos y financieros.

En esta fase, deberá precisarse el coste total de la operación inmobiliaria para la Sociedad de *Leasing*, y ésta, suministrará al proyectado cesionario del inmueble una información minuciosa de las condiciones del contrato.

Cuarta: Se encuadra en ella, la aceptación por ambas partes de las condiciones del contrato de *Leasing* inmobiliario, así como el desenvolvimiento de una actividad negocial múltiple dirigida, primero, a la adquisición del inmueble por la Sociedad de *Leasing*, si no fuera ya titular del mismo; a su cesión, posteriormente, en régimen de arrendamiento financiero; y por último, y en su caso, a la adquisición definitiva de aquél por el usuario, mediante el ejercicio de la opción de compra que le ha sido conferida en el contrato.

Con esta primera aproximación descriptiva a la figura del *Leasing* inmobiliario, no queremos ni prejuzgar su estructura, ni mucho menos su contenido jurídico, sino tan sólo intentar distinguir las etapas funda-

mentales de un proceso del que resultan actividades de clara naturaleza contractual, y otras de carácter no negocial, bien por desarrollarse en el ámbito interno del usuario, o bien porque, aun proyectándose al exterior, son *res inter alios acta* en relación con la Sociedad de *Leasing*.

En conclusión y en lo sucesivo, ceñiremos nuestro estudio a la problemática jurídica descrita en la fase *cuarta*, verdadero punto de arranque de las relaciones contractuales a que la figura examinada da lugar. En la misma, y aunque conectados, distinguiremos la operación destinada a la adquisición del inmueble para su cesión posterior en régimen de arrendamiento financiero, del contrato de arrendamiento financiero propiamente dicho, y dentro de éste y como formando parte de sus condiciones esenciales, la atribución de la opción de compra al usuario del inmueble, y el posible ejercicio por éste de la referida facultad.

La mayor parte de los autores, tanto españoles como extranjeros, señalan que, en el proceso brevemente apuntado, existen tres figuras jurídicas implicadas: Un contrato de *mandato* entre la Sociedad de *Leasing* y el futuro arrendatario; un contrato de *compraventa*; y un contrato de *arrendamiento* que incluye una *opción de compra* del inmueble, ejercitable en un determinado momento.

La figura del mandato, en definitiva, pretende explicar el porqué un inmueble previamente escogido por el futuro usuario del mismo es, sin embargo, adquirido por la Sociedad de *Leasing*. Los autores que defienden la existencia de un mandato, se pueden, a su vez, dividir en dos grupos: Los que consideran que el *mandante* es la Sociedad de *Leasing*, ocupando el arrendatario la posición de *mandatario*, y los que entienden, a la inversa, que el *mandante* es el futuro usuario, y el *mandatario* la Sociedad de *Leasing*. En todos ellos, hay un factor de preocupación común: Justificar en el plano jurídico, además de la elección del inmueble por el presunto arrendatario, las cláusulas por las que éste responde si la entrega no se hace en la fecha convenida; o el inmueble presenta vicios que disminuyen su valor o le hacen inservible para lograr el fin deseado; o es objeto de perturbaciones de derecho y en general, cuantas impliquen una derogación del régimen normal de obligaciones que corresponden al arrendador.

COILLLOT (1), que critica de manera contundente la teoría del mandato, señala que la posición del titular del inmueble ajeno a la Sociedad de *Leasing*, frente al futuro usuario, es la típica derivada de una *promesa unilateral de venta* en la que se incluye una estipulación (en este caso a favor de la Sociedad de *Leasing* designada por aquél) para que la realización de dicha promesa pueda efectuarse precisamente por la persona

(1) JACQUES COILLLOT: *El Leasing*. Servicio de estudios de Central de Inversión y Crédito, S. A. Editorial Mapfre, S. A.

que determine el susodicho beneficiario del *Leasing*. Esta promesa unilateral, debería contener, para ser válida, una clara especificación del inmueble y de su precio. Cualquiera que sea la Sociedad de *Leasing* que adquiera el inmueble para cederlo en uso, quedaría obligada para con el titular del mismo, en los términos que resulten de la referida promesa unilateral. Sin embargo, para que exista una verdadera promesa unilateral de venta, es preciso un expreso y específico acuerdo de voluntades en tal sentido, lo que no ocurrirá en la práctica entre el titular del inmueble y el futuro usuario, desde el momento en que aquél, se limitará a proporcionar a éste las características del inmueble y un proyecto de financiación de su adquisición además de los datos de tipo técnico, económico y jurídico suficientes para permitir adoptar una decisión futura.

Ambas teorías reseñadas, han sido criticadas en España por CUESTA y por MARTÍN OVIEDO entre otros. Asimismo, DE LA VIÑA MAGDALENO (2), señala que las posiciones expuestas responden a la intencionalidad de sus defensores de vincular *ab initio* de algún modo a las tres partes que intervienen en la operación: Titular del inmueble, Sociedad de *Leasing* y arrendatario, provocando construcciones artificiosas que a ninguna parte conducen.

Por su parte, VIDAL BLANCO (3) entiende que en el contrato de *Leasing* existe, tácitamente, un *contrato de mandato mercantil*, es decir, lo que el Código de Comercio denomina *Comisión Mercantil*. Considera que en el período de tiempo que media desde la firma del contrato de *Leasing* hasta el momento en que se inicia la vigencia del arrendamiento, las relaciones jurídicas, y por lo tanto los derechos y obligaciones entre el futuro arrendatario y la Sociedad de *Leasing*, son los que corresponden al Comitente y al Comisionista respectivamente en un Contrato de Comisión. Estas relaciones están vigentes, sigue diciendo el autor citado, hasta que se inicia el arrendamiento, en el que automáticamente se interrumpe y finaliza el mandato mercantil. Destaca VIDAL las características siguientes de la actuación de la Sociedad de *Leasing*. Es intermediaria; su función es esencialmente financiera; adelanta fondos por cuenta del Comitente, y subraya a favor del arrendatario las garantías que se deriven de la relación contractual con el titular del bien.

(2) JOSÉ LUIS DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *Leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro jurídico de bienes». Comunicación presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral (1977). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, pág. 18.

(3) CARLOS VIDAL BLANCO: *El Leasing*. Ministerio de Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Instituto de Planificación Contable (tesis doctoral presentada en 1976. Universidad Complutense. Madrid), págs. 136 y ss.

4.^a Tampoco existe en la adquisición del inmueble por parte de la Sociedad de *Leasing* un paralelismo claro con la gestión de negocios ajenos que caracteriza a la Comisión mercantil. Las mismas reservas apuntadas a la teoría del mandato pueden reproducirse en este caso.

En primer lugar, es difícil calificar de gestión de *negocio ajeno* la adquisición de un inmueble por la Sociedad de *Leasing* para cederlo posteriormente en arrendamiento financiero, pues sería tanto como marginar el papel de aquélla en la financiación de inmuebles debilitando los rasgos característicos de una operación que se inserta en el más puro ámbito de su objeto social.

En segundo lugar, ni al titular del inmueble le interesará conocer, ni la Sociedad de *Leasing* forzosamente pondrá de manifiesto en el momento de la adquisición y su formalización documental, el destino final del inmueble.

Al propietario del inmueble sólo le interesará saber quién adquiere; quién paga el importe de la operación, y cómo se hará efectivo éste, así como las garantías ofrecidas para el caso de pago aplazado. A la Sociedad de *Leasing*, por su parte, le interesará conocer quién es el titular del inmueble y la situación jurídica de éste, así como la manera de proteger su adquisición frente al transmitente y terceros.

Las características particulares de los inmuebles ponen de manifiesto, al examinarse los preceptos relativos a la comisión mercantil, lo difícil de trasladar a una realidad socioeconómica bien diferente, la normativa concebida francamente, para regular la adquisición de mercaderías. En efecto, la subrogación del comitente en la posición del comisionista a los efectos de ejercitar las acciones pertinentes contra el vendedor, propio de la comisión con poder de representación (art. 247 del Código de Comercio), no se compagina con la actuación de la Sociedad de *Leasing* contratando en nombre propio y empleando fondos propios.

El pago del precio correspondiente al inmueble adquirido, no se hace con fondos anticipados por la Sociedad de *Leasing* o previamente puestos a disposición de aquélla por el futuro arrendatario, como se prevé para la ejecución de la comisión por los artículos 250 y 251 del Código de Comercio. Es más, como veremos más adelante, entre las diversas fórmulas que puede utilizar la Sociedad de *Leasing* para financiar su adquisición, algunas, como la aportación de solar a cambio de pisos, locales o departamentos en general, o la constitución de Sociedad, evidencian a la par que una decidida capacidad de maniobra en el tráfico inmobiliario por parte de la Sociedad de *Leasing*, la imposibilidad de encuadrar el pago del precio en que se valora la adquisición del inmueble, en el estrecho marco de la provisión de fondos específica de la Comisión mercantil. Otros preceptos como el artículo 263 del Código de Comercio relativo

a la rendición de cuentas de las cantidades percibidas para la Comisión; el 267, relativo a la denominada *auto entrada* del comisionista, abundan en este mismo criterio. Así, en el supuesto de que el arrendatario no ejerce la opción de compra concedida en el contrato de arrendamiento financiero, la Sociedad de *Leasing* podrá llevar a cabo la venta del inmueble a un tercero sin que le sean aplicables las limitaciones derivadas de la Comisión mercantil al comisionista que pretende vender lo que compró por encargo del comitente.

Por último, tampoco se corresponde con la naturaleza de los bienes inmuebles objeto de arrendamiento financiero ni con la realidad de los intereses en juego, la posible aplicación del artificio de la *constituto posesorio* dirigida a beneficiar al comitente en caso de quiebra del comisionista y que presupone el destino final del bien, o más precisamente, su titularidad dominical en favor del comitente (art. 909, 4 del Código de Comercio).

5.^a A la vista de las consideraciones expuestas, vamos a intentar reconducir las diversas relaciones que se derivan de la operación de *Leasing* inmobiliario, al marco jurídico invocado por el ordenamiento para modelar esta nueva realidad social y económica: *El arrendamiento financiero*, como contrato origen de los diversos derechos y obligaciones, y como centro de imputación de acciones y responsabilidades. Estudiaremos su verdadera naturaleza jurídica; su fuerza motriz para sustentar y, al mismo tiempo, explicar las diferentes situaciones jurídicas; y puesto que la regulación vigente en modo alguno predetermina de forma absoluta su contenido negocial, examinaremos las estipulaciones que habitualmente forman parte del contrato, distinguiendo las que por estimarse válidas puedan ser objeto de reconocimiento jurídico y en su caso de protección registral, de aquéllas otras cuyo carácter ambiguo, ilícito por abusivas, o nulo ni puedan ni deban encontrar la expresada cobertura.

Es preciso tener en cuenta que, hasta la fecha, la mayor parte de la doctrina al estudiar la figura de *Leasing*, lo ha hecho centrando su atención en el de *bienes muebles*, y que por lo que a España se refiere, muchas de las opiniones vertidas sobre el tema son anteriores al Real Decreto de 31 de julio de 1980. En este sentido hay que destacar las dos posiciones clásicas mantenidas en torno a la figura del *Leasing*: A) Implica la existencia de un contrato de compraventa con precio aplazado y reserva de dominio. B) Se trata de un arrendamiento.

Decía ZUMALACÁRREGUI (6), defensor de la primera de las posturas, que se produce de hecho la transmisión del dominio de la mayor parte

(6) MANUEL ZUMALACÁRREGUI: «La financiación de las ventas a plazos y su protección registral». Centro de Estudios Hipotecarios. Curso de conferencias, páginas 11 y ss.

de la utilidad de la cosa con facultad además, discrecional, de adquirir el objeto desvalorizado. Para el autor citado, el *Leasing* no deja de ser una venta a plazos, sin que la condición suspensiva discrecional de adquisición del valor residual desnaturalice su esencia, por lo que debe entrar en juego el artículo 2.º de la Ley de Ventas a Plazos de 1965.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de marzo de 1978, tuvo ocasión de manifestarse en esta cuestión, y al abordar por primera vez el problema de la naturaleza jurídica del contrato de *Leasing* financiero, afirma que las condiciones particulares de este tipo de contratos denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, sujetas a la Ley de 1965. Al comentar CABANILLAS el considerando 1.º de esta Sentencia (7) señala que la solución del Tribunal Supremo *parece aplicable con carácter general a ese tipo de contratos y no tan sólo al supuesto contemplado en la referida Resolución*. Sin embargo, en la Sentencia de 10 de abril de 1981, el Supremo matiza su postura cuando concluye que *si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el Leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2 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 aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta*.

DE LA VIÑA MAGDALENO (8) entiende que el artículo 21 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, pone fin a la polémica doctrinal de si a las operaciones de *Leasing* le deben o no ser aplicables las normas de la Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles al disponer que: *A efectos de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el artículo 1.º del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo*.

Sin embargo, apunta CABANILLAS (9), el citado precepto no pone fin a la polémica aludida, puesto que si se demuestra que bajo la forma de *Leasing* financiero se encubre una auténtica venta a plazos de bienes muebles, se aplicará la citada Ley de 17 de julio de 1965. De la misma manera, habría que concluir: Si bajo la forma de *Leasing* inmobiliario se encubriera una verdadera compraventa aplazada de inmuebles, el contrato

(7) ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: «El *Leasing* financiero y la Ley de Ventas a Plazos de Bienes muebles», *Anuario de Derecho Civil*, 1980, III, págs. 759-785.

(8) DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *Leasing* como medio de financiación de la empresa. Su problemática», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1978, página 264.

(9) Comentario a la Sentencia de 28 de marzo de 1978, citado.

quedaría fuera del marco jurídico y legal establecido por los Reales Decretos de 25 de febrero de 1977 y de 31 de julio de 1980 y quedaría sujeto a las disposiciones civiles, mercantiles e hipotecarias, aplicables con carácter general a ese tipo de contratos.

En realidad, entendemos que desde la perspectiva actual de nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha quedado desfasado no es la cuestión del posible sometimiento de las operaciones de *Leasing* a la normativa de las ventas a plazos, cuando pese a la apariencia, el negocio verdaderamente querido sea una compraventa, sino el marco de la polémica doctrinal sobre la identidad jurídica del contrato de *Leasing*. En efecto, ya se entienda como un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya se considere como un supuesto de conexión de contratos, o como un contrato complejo y atípico, la legislación vigente le califica de arrendamiento exigiendo además la inclusión de una opción de compra a favor del usuario. (Art. 19 del Real Decreto de 25 de febrero de 1977 y arts. 1 y 2 del Real Decreto de 31 de julio de 1980.)

No cabe duda que la definición legal del arrendamiento de cosas, que aparece en el artículo 1.543 del Código Civil, se acomoda a la descripción del *Leasing* que se ha hecho al comienzo de este apartado. Pero también hay que tener en cuenta, como dice DE LA VIÑA MAGDALENO (10), que *la expresada definición legal no es rígida y ampara una figura jurídica de tipo general, como es la cesión de uso, susceptible de adoptar diversas formas negociales*. En el *Leasing* financiero nos encontraríamos, por tanto, ante un supuesto claro en el que una institución contractual clásica, como es el arrendamiento de cosas regulado en el Código Civil, puede servir a finalidades o funciones de muy diverso significado. Cuando ello ocurre, entendemos que tal cobertura jurídica tendrá el carácter de derecho supletorio. Este carácter supletorio, justifica la inclusión de cláusulas en los contratos de *Leasing* que aparecerían como incompatibles con la regulación del Código Civil, de estimarse que la figura objeto de nuestro estudio responde a la típica del arrendamiento de cosas a que sus normas se refieren, y se considerara que éstas se proyectan sobre la única estructura posible concebida por el legislador para construir jurídicamente dicho arrendamiento.

Frente a la cuestión básica planteada por la doctrina de si nos encontramos ante una nueva unión de contratos o ante el nacimiento de un único contrato, complejo resultado de la fusión de varias técnicas jurídicas y no de la suma de ellas, nuestra opinión es la de que, en efecto, el *Leasing* debe catalogarse como un *contrato mixto*, en el que se funden

(10) DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *Leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro jurídico de bienes», pág. 26 (Centro de Estudios Hipotecarios).

dos formas contractuales de contenido atípico. El arrendamiento y la opción de compra, con *causa única* aunque las contraprestaciones a favor del usuario sean varias. Al referirse el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de julio de 1941 al contrato mixto, señalaba que *El negocio unitario complejo surge cuando entre sus partes existe una soldadura tan íntima que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando sus elementos componentes*. Y esto es lo que en el marco jurídico español ocurre con el *Leasing*: el Real Decreto-ley de 25 de febrero en su artículo 19 cataloga las operaciones de arrendamiento financiero, como arrendamiento de bienes, exigiendo, a su vez, como requisito indispensable para el reconocimiento legal de la figura, la inclusión de una opción de compra a favor del usuario. Más preciso todavía, el Real Decreto de 31 de julio de 1980, tras extender en su artículo primero la posibilidad del arrendamiento financiero a los inmuebles que en el mismo se determinan, en su artículo segundo, señala que las referidas operaciones *contendrán necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento*.

La nueva figura contractual del *Leasing*, por su tratamiento legal diferenciado y por sus propias particularidades, si bien tiene cabida en el molde de la institución clásica del arrendamiento de cosas, proyecta su contenido fuera de los contornos previstos por el Código Civil al regular los contratos de aquélla clase con contenido típico, obteniendo sin embargo, de aquél y de sus preceptos, el soporte jurídico necesario para suplir las lagunas de una regulación ciertamente en estado embrionario, y establecer los límites indispensables de los pactos, condiciones y estipulaciones conforme a la ley, a la moral o al orden público, evitando así el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos que de la nueva figura negocial pudieran derivarse.

El contrato de arrendamiento financiero es, por consiguiente, y de acuerdo con las notas que hasta aquí se han ido desarrollando, un contrato *consensual*, en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento de las partes; *bilateral* o *sinalagmático*, pues produce obligaciones recíprocas para ambas partes: la Sociedad de *Leasing* y el arrendatario o usuario; *oneroso*, ya que cada parte ha de realizar una contraprestación a cambio del provecho o beneficio que obtiene del mismo, y *conmutativo*, porque las prestaciones quedan contractualmente determinadas en su forma y en su cuantía.

Su carácter civil o mercantil ha sido también abordado aisladamente por la doctrina. Nuestro Código de Comercio, alejándose del criterio subjetivista encarnado en el anterior de 1.829, se decidió, según la Exposición de motivos de aquél, por *una fórmula práctica, exenta de toda pretensión científica, pero tan comprensiva que en una sola frase enumera o*

resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos hasta ahora, y tan flexible que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir.

Resulta sobradamente conocida la posición de la doctrina española en torno a la fórmula legal contenida en el artículo 2.º del Código de Comercio para la delimitación de la materia mercantil. El indicado precepto, atribuye esa función delimitadora al *acto de comercio* y reputa como tales los *comprendidos en el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*. Como dice GARRIGUES (11), no se trata de una simple presunción de comercialidad, sino que implica la automática calificación mercantil del acto en cuestión. La pretensión objetivadora de nuestro Código de Comercio se contradice, sin embargo, reiteradamente, en su articulado cuando se trata de diferenciar un acto mercantil del correlativo civil. Así, recurre constantemente al dato de participación de un comerciante (comisión, depósito, préstamo, transporte, seguro) en el acto en cuestión. El resultado es un sistema que los autores consideran híbrido, incoherente y confuso. Por otro lado, los esfuerzos dirigidos al establecimiento de un concepto positivo unitario del acto de comercio han sido vanos. En efecto, en nuestro Código de Comercio hay actos objetivos y actos subjetivos; actos que son mercantiles por el solo hecho de estar incluidos en el Código, pero en los que no se encuentra ningún dato de mercantilidad, ya que pueden ser realizados en función mediadora o no; con carácter aislado o en masa; con propósito de lucro o de liberalidad, y otros actos que requieren la intervención de un comerciante y la pertenencia o destinación al comercio. De esta manera, los Tribunales han tenido que recurrir a criterios puramente doctrinales (concepto económico del comercio, repetición en masa de actos jurídicos, pertenencia a la serie orgánica de una empresa), para decidir por el criterio de analogía del artículo 2.º del Código de Comercio cuándo es mercantil un acto no previsto en el mismo.

URÍA (12), al enfrentarse con el problema señalado, indica que el tráfico mercantil procura siempre la circulación de valores patrimoniales, y que la actividad comercial es, esencialmente, una actividad mediadora que implica el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un patrimonio a otro. El contrato mercantil, institución jurídica que debe ser permeable a las nuevas formas que adopta el sistema económico, es un acto de empresa y, concluye diciendo, que el criterio que debe seguirse para determinar el carácter mercantil de un contrato es el de la pertenencia o no del mismo a la serie orgánica de actos en que se integra la actividad constitutiva de la empresa.

(11) GARRIGUES: *Derecho Mercantil*, págs. 115 y ss.

(12) URÍA: *Derecho Mercantil*, págs. 449 y ss.

Del examen de la Exposición de motivos del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y de su contenido, así como del Real Decreto de 31 de julio de 198, resulta el carácter esencialmente financiero del *Leasing* en cualquiera de sus formas. Se trata de un instrumento concebido para facilitar a las empresas el desarrollo de sus actividades (usuarios o arrendatarios), pero al mismo tiempo, y como apuntábamos anteriormente, la actividad de *Leasing*, constituye la razón de ser, el objeto social de las sociedades dedicadas al arrendamiento financiero, que cumplen una función mediadora, y cuya forma (anónima), capital desembolsado, e inscripción en un Registro del Ministerio de Hacienda, se prevé en el artículo 22 de la primera de las disposiciones citadas. El tratamiento fiscal de estas últimas; los bienes inmuebles a los que extienden sus actividades (art. 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980) que han de ser objeto de *tráfico empresarial habitual*; la forma del contrato, que para que surta efecto frente a terceros deberá constar en documento público e inscribirse en el Registro de la Propiedad, configuran el arrendamiento financiero de inmuebles (al que se circunscribe este estudio) como un típico acto de empresa en su acepción doctrinal, y como acto de comercio al que le serán aplicables en defecto de disposiciones específicas en el Código de Comercio, los usos comerciales observados generalmente, y a falta de ambos (y también como señalábamos en otro lugar, para limitar su contenido) las reglas del Derecho Común.

2. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES Y LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

El artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, señala como objeto del contrato de arrendamiento financiero, al que las sociedades de *Leasing* autorizadas pueden extender su actividad, los *bienes inmuebles que sean de tráfico empresarial habitual que deberán quedar afectados a fines agrarios, industriales, comerciales o de servicios profesionales. En ningún caso podrán realizarse contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles destinados a vivienda.*

Si se examina el artículo primero de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 196, se observa que, la denominación de *arrendamiento de locales de negocio*, se reserva para los contratos de arriendo que recaigan sobre aquellas edificaciones habitables cuyo destino primordial no es la vivienda, sino el *ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo*. El artículo tercero de la citada ley, excluye de su ámbito el arrendamiento de *industria o negocio*, de la clase que fuere, entendiendo

por tal, *aquél en que el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto de contrato sea una unidad patrimonial con vida propia susceptible de ser explotada inmediatamente o pendiente de serlo de meras formalidades administrativas.*

En el apartado segundo del referido artículo, se advierte que, cuando el arrendamiento no es de industria o negocio, queda comprendido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, *por muy importantes, esenciales o diversas que fueran las estipulaciones pactadas.*

En resumen, un estudio comparativo de la configuración del objeto que efectúan los textos señalados, conduce a una coincidencia sustancial de los mismos. Es tal vez, el haber seguido esta pauta de análisis entre preceptos, lo que ha llevado a autores como RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY (13) y CABANILLAS SÁNCHEZ (14) a considerar el arrendamiento financiero de inmuebles, sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 1948, afirma que el arrendamiento con opción de compra tiene carácter complejo, y que por tanto, ha de quedar excluido de la citada Ley. No obstante, en mayoría de Sentencias (5 de junio de 1951, 17 de mayo de 1954 y 21 de febrero de 1963) considera el pacto de opción de compra como una modalidad independiente de la del arrendamiento, es decir, dos figuras distintas yuxtapuestas, aunque entrelazadas. Nosotros creemos que, pese a esa particular coincidencia que se aprecia en el objeto de las figuras contractuales reguladas en dichos textos, existen diferencias tan marcadas que conducen a conclusiones bien distintas. Conviene recordar nuestra anterior opinión a propósito de la naturaleza jurídica del *Leasing* financiero: No se trata de una nueva unión de contratos, sino de un contrato único, complejo resultado de la fusión de varias técnicas jurídicas y no de la suma de ellas elevadas a la categoría de contrato independiente. Si se profundiza en el estudio de la causa de esta nueva figura contractual, se observa una clara armonía con la enunciación de propósitos contenida en la Exposición de motivos del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, *sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública*, y cuyo artículo 20, apartado dos, contiene las previsiones jurídicas necesarias para el nacimiento del arrendamiento financiero de inmuebles, que tendría lugar más tarde en virtud del Real Decreto de 1980.

Una jurisprudencia anterior a esta norma, y las pocas opiniones doctrinales vertidas sobre esta materia tras su regulación legal, no pueden considerarse, por otra parte, concluyentes en modo alguno. Si resulta diff-

(13) RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: *Derecho de Arrendamientos Urbanos*. I, Barcelona, 1956, págs. 163 y ss.

(14) ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: «La naturaleza del *Leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *Anuario Derecho Civil*. 1982, págs. 66 y ss.

cil comprender la aplicación de preceptos como los relativos al tanteo y retracto legal, entre otros, a una figura que por imperativo jurídico contiene una indispensable opción de compra (art. segundo del Real Decreto de 1980) a favor del arrendatario, un análisis de las finalidades perseguidas por los textos comentados, nos decide rotundamente por la exclusión del contrato de arrendamiento financiero del ámbito negocial contemplado por la Ley de Arrendamientos Urbanos: En efecto, mientras ésta persigue objetivos de índole fundamentalmente social, las disposiciones reguladoras del *Leasing* tienen una proyección típicamente económica. La Ley de Arrendamientos Urbanos tiende a lograr, en unas circunstancias sociales particulares, el encuentro de un habitat digno para un sector de la población carente del mismo, y se sitúa, históricamente, en un momento de escasez de viviendas y de necesaria protección al arrendatario de aquéllas. Las disposiciones relativas al *Leasing*, en general, y al arrendamiento financiero de inmuebles en particular, surgen en una fase del desarrollo socioeconómico español, bien diferente al existente en 1964. Es la dificultad con que se encuentran muchas empresas para desarrollar eficazmente su actividad potencial, y la necesidad de regular nuevos instrumentos de financiación adecuados a la coyuntura económica española e internacional que no supongan elevadas inmovilizaciones de sus activos, las que sitúan a los Reales Decretos de 1977 y 1980 en un marco de pretensiones políticas netamente diferenciadas de las del legislador de 1964.

3. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES RÚSTICOS Y LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Una primera lectura de algunos de los preceptos contenidos en la Ley de 31 de diciembre de 1980, puede conducir a la conclusión de que el arrendamiento financiero de inmuebles rústicos, debe sujetarse a las normas que una disposición de rango superior dicta para el arrendamiento en general de fincas rústicas. Así, la definición de los arrendamientos rústicos sometidos a la Ley de Arrendamientos Rústicos que efectúa su artículo primero; la declaración de su artículo segundo, según el cual: *No perderán su naturaleza los contratos de arrendamientos rústicos, aunque reciban de las partes una denominación distinta de la de arrendamiento*; la no mención del arrendamiento financiero de inmuebles rústicos entre los supuestos que el artículo sexto considera como exceptuados de la Ley de 31 de diciembre de 1980; y la declaración de nulidad que establece el artículo noveno, para las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario, las normas de aquella ley que termina señalando

en el apartado dos del expresado artículo: *No podrán imponerse al arrendatario condiciones o prestaciones diferentes de las que le son propias conforme a lo aquí establecido.*

Una vez más hay que repetir, que la figura contractual del arrendamiento de cosas no responde en modo alguno a un arquetipo legal rígido, ni se proyecta sobre estructuras que respondan en su origen a idénticas finalidades sociológicas. En efecto, el arrendamiento financiero de inmuebles, sean urbanos o rústicos (y entendiendo éstos en su más amplia acepción por dedicarse a aprovechamientos agrícolas, pecuarios o forestales) nace, como apuntábamos anteriormente, para cubrir necesidades de carácter económico-financiero. Su regulación legal, independientemente de que pueda completarse por voluntad de las partes con normas surgidas para reglamentar otras modalidades distintas (por su orden y finalidad) del arrendamiento de cosas, no presupone el sometimiento necesario a moldes jurídicos destinados a dar cabida a figuras con las que el legislador ha pretendido la consecución de fines eminentemente sociales. Tan sólo cuando los preceptos dirigidos a regular aquéllas, presentan las características de derecho imperativo por razón de la naturaleza misma del contrato de arrendamiento de cosas y no sean contrarios a la esencia del *Leasing* inmobiliario quebrará el principio de autonomía de la voluntad en favor de un derecho supletorio necesario.

En base a estas consideraciones estimamos, por ejemplo, inaplicable al arrendamiento financiero de inmuebles rústicos las normas relativas al *retrato de colindantes* contenidas en el artículo 1.523 del Código Civil. No obstante tratarse de un precepto de eficacia general tendente a evitar el fraccionamiento excesivo de la tierra y a lograr unidades agrícolas económicamente rentables, su regulación resulta difícilmente compatible con la estructura, contenido y efectos del *Leasing* inmobiliario. Ni la indispensable opción de compra impuesta por el artículo segundo del Real Decreto de 31 de julio de 1980 se adecua a las figuras negociales previstas en el artículo 1.521 del Código Civil (compra o dación en pago) como desencadenantes del citado derecho real de adquisición preferente, ni es jurídicamente factible la subrogación legal del retrayente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato-base (arts. 1.518 y 1.521 del Código Civil), en este caso el contrato de arrendamiento financiero.

De la misma manera, y como más adelante trataremos al examinar las condiciones generales, por ser contraria a la esencia del contrato de *Leasing* inmobiliario, no estimamos aplicable a éste, ni por invocación expresa de las partes, ni como derecho supletorio, la regulación establecida en el Código Civil (arts. 1.566, 1.577 y 1.581) sobre la tácita reconducción en el arrendamiento de fincas rústicas o urbanas.

Por el contrario, y habida cuenta de los términos generales en que está concebido el artículo 1.569 del Código Civil, y los criterios sobre legitimación pasiva expuestos en el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no vemos inconveniente en pactar en el Contrato de arrendamiento financiero de inmuebles la posibilidad de ejercitar la acción de desahucio desarrollada procesalmente en el libro II, título XVII del último de los textos citados.

4. PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES POR RAZÓN DE SU OBJETO

4.1. *Determinación de la naturaleza de los inmuebles*

Un problema nada fácil en el derecho de cosas es el de diferenciar los inmuebles por su naturaleza, en rústicos y urbanos. La jurisprudencia ha venido, por lo general, considerando que la expresada distinción planteaba fundamentalmente una cuestión de hecho, y a estos efectos señalaba como criterios a tener en cuenta los siguientes: Situación, construcción, destino y accesoriedad. Sin embargo, de manera paulatina, esa doctrina jurisprudencial ha acogido también un criterio normativo a tenor del cual, el uso y aprovechamiento del suelo y, por consiguiente, su naturaleza, es el resultado final de un proceso de clasificación y calificación basado en los planes o inspirado, en su defecto, en los principios establecidos por la legislación urbanística.

Desde el momento en que el plan, como acto normativo emanado del poder público, señala un marco de actuación vinculante, la determinación de qué suelo tiene la naturaleza de rústico, y qué suelo permite la implantación de usos urbanos responde, no a criterios fácticos, sino a la concreta atribución jurídica de usos efectuada por aquél o, a falta de planeamiento, por la ley.

La moderna concepción de la propiedad, vinculada a una función social que delimita sus contornos y pone en entredicho la doctrina tradicional del derecho subjetivo ilimitado, tiende a objetivar las situaciones jurídicas derivadas de un derecho de propiedad por razón de un destino a cumplir. En este sentido, se explica perfectamente el contenido de preceptos tales como: el artículo 58.1 de la Ley del Suelo, según el cual, *el uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto*; y el artículo 76, que afirma que: *Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación de los predios*. Nos encontramos ante

una disociación clara entre la titularidad dominical, y el *ius aedificandi* y demás actividades que impliquen una transformación del uso del suelo, pues aquél y éstas, como resultados de una atribución pública, no derivan del *dominium* sino del *imperium*, esto es, de decisiones adoptadas por los poderes públicos para ordenar y organizar la utilización de la tierra y determinar la medida concreta de su aprovechamiento.

El respeto, por un lado, a unos principios establecidos por las leyes (Ley del Suelo de 1976 y reglamentos de planeamiento, gestión y disciplina urbanísticas de 1978) desarrollados, en su caso, por los planes, y la obligada referencia a la naturaleza de las fincas exigida por nuestra legislación hipotecaria, por otro (arts. 9 de la Ley y 57 de su Reglamento), nos llevan a intentar señalar unos criterios sobre los que apoyar el carácter rústico o urbano de los inmuebles a que se refieren los Contratos de *Leasing* inmobiliario. En modo alguno se pretende agotar el tratamiento de un tema, de suyo enormemente complejo, sino tan sólo sugerir unas ideas al respecto, para orientar las actividades de los futuros usuarios de inmuebles en régimen de arrendamiento financiero y de las Sociedades de *Leasing*, tanto en la fase precontractual, como en la negocial propiamente dicha, a la hora de elaborar los contratos y determinar el inmueble objeto de éstos. Pues bien, dado que es preciso abordar con una unidad de criterio la calificación del suelo, y teniendo en cuenta la estrecha vinculación existente hoy día entre la expresada calificación y el régimen fiscal de las fincas, creemos que tienen especial interés los criterios contenidos en la *Instrucción de 22 de septiembre de 1982* de la Subsecretaría de Hacienda, sobre *delimitación de suelo sujeto a contribución territorial urbana*. En la misma, y partiendo de las directrices señaladas por el Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre por el que se procede a homologar el suelo clasificado con arreglo a las normas de la derogada Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 con el clasificado con arreglo a las normas de la vigente Ley de 1976, se distinguen los siguientes casos:

a) *Términos municipales con plan general de ordenación o normas subsidiarias de planeamiento, redactadas según la Ley de 1956.*

Los suelos clasificados como urbanos o de reserva urbana que estén dotados de acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica y sean urbanísticamente aptos para la edificación, o que careciendo de alguno de los servicios citados anteriormente tengan la ordenación consolidada, por ocupar la edificación, al menos, dos terceras partes de los espacios aptos para la misma, según la ordenación que el plan general o las normas subsidiarias para ellas prevea, serán

considerados como SUELO URBANO según la nueva Ley y por tanto sujeto a Contribución Territorial Urbana. También se considerará suelo sujeto, aquél que no reuniendo las características anteriores, ni estando incluido en la correspondiente delimitación de suelo urbano, se encuentre clasificado como urbano o de reserva urbana conforme a la antigua Ley. Este suelo tendrá la calificación de SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO según la nueva denominación introducida por la Ley de 1976.

Los terrenos clasificados como rústicos (ahora suelo no urbanizable) no quedarán sujetos a Contribución Territorial Urbana.

b) *Términos municipales con plan general municipal de ordenación o normas subsidiarias de planeamiento redactadas según la legislación vigente.* (Texto refundido de 1976.)

Estarán sujetos a Contribución Territorial Urbana los suelos clasificados como urbanos, urbanizables programados y urbanizables no programados, desde que por aprobación del programa de actuación urbanística puedan ser objeto de urbanización.

c) *Términos municipales con proyecto de delimitación según lo establecido en el artículo 81 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.*

Pueden tener clasificado su suelo como urbano, o como no urbanizable. Tan sólo el primero, tendrá la consideración de suelo sujeto al impuesto mencionado.

d) *Términos municipales sin planeamiento.*

Estarán sujetos a Contribución Territorial Urbana, los terrenos que cuenten con acceso rodado, abastecimiento de aguas y evacuación de las mismas, suministro de energía eléctrica, o que se encuentren comprendidos en áreas consolidadas por la edificación, al menos en la mitad de su superficie.

Como resumen de lo expuesto anteriormente creemos que, entre las actividades preparatorias de los Contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, se impone la de consultar e informarse sobre el régimen urbanístico aplicable a una finca, el cual resultará inevitablemente de la clasificación y calificación previa del suelo en el que geográficamente se encuentre aquélla enclavada, o del que forme parte. La expresada actividad, que se inserta necesariamente en el marco de los estudios técnicos, jurídicos y económicos que deberán llevar a cabo los interesados en el Contrato de *Leasing* inmobiliario, y que, con carácter general, como

derecho de todo administrado, se contempla en el artículo 55.2 del Texto refundido de la Ley del Suelo, permitirá elaborar los contratos con un conocimiento más preciso del objeto y de sus circunstancias, entre las que se encuentra la de su aprovechamiento urbanístico, evitando sorpresas o riesgos que de otra manera serían ineludibles.

4.2. *Los problemas del inmueble en proyecto o en construcción*

Según el artículo primero del Real Decreto de 31 de julio de 1980, los inmuebles objeto de arrendamiento financiero *deberán quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato.*

Pues bien, la lectura del texto citado plantea el siguiente problema: ¿Puede un inmueble en proyecto o en construcción ser objeto de un contrato de arrendamiento financiero, cuando la finalidad que se persigue con éste es la utilización de la finca una vez terminada? Un examen detenido del precepto nos conduce a cinco posibles interpretaciones:

Primera: No es posible un contrato de arrendamiento financiero referido a inmuebles en proyecto o en construcción cuando la finalidad que se pretende presupone que se encuentren en condiciones de ser afectados inmediatamente a un uso de los previstos en la Ley. De seguirse esta interpretación, no cabría hablar de inmuebles en proyecto o en construcción en los contratos de *Leasing* inmobiliario. Tan sólo los inmuebles terminados, aptos para ser destinados a cualquiera de los fines señalados en el precitado artículo primero podrían, válidamente, ser objeto de arrendamiento financiero.

Segunda: El objeto de los contratos de *Leasing* inmobiliario puede consistir en un inmueble en proyecto o en construcción, siempre que la finca sea susceptible de utilización *parcial* inmediata por el usuario desde el momento mismo de perfeccionarse el contrato.

Tercera: La construcción de un inmueble para ser destinado por el usuario a la terminación de la obra, a cualquiera de los fines previstos legalmente, o las actividades preparatorias de dicha construcción, implican ya una cierta afectación del inmueble y una predeterminación de su uso final suficiente para obtener la cobertura jurídica de los preceptos reguladores del arrendamiento financiero.

Cuarta: Una interpretación abierta, patrocinaría la tesis de que los inmuebles en proyecto o construcción, pueden ser objeto de arrendamiento financiero, pues lo que exige el artículo primero del Real Decreto de 31 de julio de 1980, no es que sean susceptibles de uso inmediato por

el arrendatario, sino que éste, una vez que le ha sido entregado, lo dedique hasta el final del período contractual al uso previsto en el contrato siempre que sea uno de los admitidos por la Ley.

Quinta: Nosotros creemos que, en ningún caso, fue intención del legislador la de impedir los contratos de arrendamiento financiero sobre inmuebles en proyecto o en construcción. Es más, nos inclinamos a pensar que el legislador no tuvo en cuenta o no previó ese supuesto en la redacción del precepto. Entendemos que lo que realmente se pretendió, fue vincular al arrendatario desde el momento mismo del contrato, y mediante un compromiso suscrito formalmente, expresión de su voluntad negocial, a *destinar* el inmueble al uso estipulado de entre los previstos en la Ley, durante la vigencia del contrato. *La afectación a un fin* de que habla el repetido precepto, debe por tanto, interpretarse como un compromiso *in fieri* o declaración de voluntad permanente a lo largo de la vida del contrato, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el inmueble, de modo que comprenda no sólo la utilización del mismo una vez terminado conforme a lo pactado, sino también la intención de dirigir todas las actividades preparatorias (incluida la construcción), hacia el fin perseguido.

Admitida, por tanto, la posibilidad de los contratos de arrendamiento financiero sobre los inmuebles en proyecto o construcción, vamos a entrar en el estudio de tres supuestos fundamentales:

A) *Contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto del inmueble en proyecto o en construcción, esto es, al suelo y edificación*

Se parte de la hipótesis de un solar propiedad de la Sociedad de *Leasing*, por haberlo adquirido del mismo arrendatario, o de un tercero, y en el que la edificación proyectada o en curso corre por cuenta de la Sociedad de *Leasing*, sin que ello impida la posible asunción del papel de promotor, por parte del arrendatario o usuario futuro del inmueble. Pues bien, inscrito el solar a nombre de la Sociedad de *Leasing*, la inscripción del contrato de arrendamiento financiero —que trataremos al final de este estudio—, tropieza con el obstáculo consistente en la divergencia entre lo que publica el Registro: Una finca todavía solar, y el objeto del contrato de *Leasing*: Un edificio susceptible de ser afectado por el usuario a sus propios fines. En resumen, los principios registrales de especialidad, legitimación y tracto sucesivo, impiden que trascienda al Registro el derecho concedido sobre un inmueble sin que se efectúe previamente la adecuación de la realidad tabular, a la realidad extra-registral

constituida por el solar y una edificación en proyecto o en construcción apta para ser destinada, una vez concluidas las obras, al fin específico contemplado en el contrato de arrendamiento financiero. Es decir, para inscribir a favor del futuro usuario del inmueble su derecho de arrendamiento, es indispensable que conste inscrita a favor de la Sociedad de *Leasing*, no sólo su titularidad sobre el solar, sino también sobre la obra nueva proyectada o en construcción.

La situación que se presenta entre el proyecto o inicio de las obras sobre un solar, y su total terminación, de manera que como conjunto concluido y perfectamente identificable no sólo jurídica, sino físicamente, pueda acceder al Registro de la Propiedad mediante la correspondiente declaración de obra nueva, ha sido objeto de estudio por la doctrina en el marco de lo que se ha denominado *prehorizontalidad* (teniendo en cuenta que la terminación de un edificio conlleva normalmente junto a la expresada declaración de obra, su organización en régimen de propiedad horizontal), y constituye, sin lugar a dudas, una etapa durante la cual puede surgir una compleja red de relaciones jurídicas entre partes y terceros, cuya protección es indispensable reglamentar.

Señala DE LA CÁMARA ALVAREZ (15) que las leyes, sobre todo si versan sobre materias muy concretas, aparecen marcadas por un destino triste o al menos desairado. Se quedan rápidamente antiguas. La Ley de 21 de julio de 1960, que regula por tercera vez en el derecho español la Propiedad Horizontal, nació ya anticuada al tomar únicamente en consideración la disciplina de la Propiedad Horizontal cuando el edificio está ya construido, sin contemplar el ciclo genético de la institución. Añade que ante situaciones de este tipo caben dos posturas distintas: O bien intentar ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto, o, por el contrario, abrir un margen de confianza a los intérpretes, y a los juristas prácticos, para que mediante la utilización de todos los recursos técnicos a su alcance, busquen las soluciones adecuadas extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del ordenamiento jurídico. DE LA CÁMARA, que preconiza esta vía, afirma que la función suprema del jurista consiste en colaborar en la creación y elaboración del Derecho, y cuando se trata de interpretar la ley, ha de procurar mantenerla viva y actuante, manejándola con inteligencia, a fin de colmar sus lagunas para remozarla y renovarla. El artículo octavo apartado 4º de la Ley Hipotecaria, establece la inscripción como una sola

(15) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», págs. 34 y ss. del Curso de Conferencias sobre Propiedad horizontal y urbanizaciones privadas organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

finca bajo un mismo número de: *Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada*. La cuestión que se plantea es pues la siguiente: ¿Es necesario para la constancia registral de un edificio y por ende de su régimen de organización en su caso, de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, que aquél se encuentre construido al menos parcialmente, o cabe la inscripción de un edificio meramente proyectado? En el supuesto de que su construcción hubiere comenzado, ¿en qué fase de la misma, podrá efectuarse la correspondiente escritura de declaración de obra y su inscripción registral?

Dice DE LA CÁMARA que, es evidente, que la Propiedad Horizontal está pensada en función a un edificio y que, por tanto, no parece viable la adscripción del solar al régimen de dicha institución mientras el edificio no esté perfectamente definido, de modo que pueda saberse *a priori* cuáles serán sus características constructivas y sus elementos comunes así como las partes privativas de que habrá de constar.

Del estudio que el citado autor realiza, centrado fundamentalmente sobre un edificio del que se prevé su futura organización según el esquema de la Ley de Propiedad Horizontal, pueden, sin embargo, extraerse algunas conclusiones igualmente válidas para el tema que nos ocupa (inscripción de un edificio en proyecto o en construcción, sin necesaria constitución del referido régimen), para sustentar posteriormente la relación jurídica específica surgida de un contrato de arrendamiento financiero sobre el inmueble.

El referido autor considera que la expresión *Construcción comenzada* que utiliza la Ley Hipotecaria, puede entenderse en sentido material o técnico. *Técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación por las autoridades competentes del proyecto correspondiente*. Por el contrario, añade, si nos atenemos a la acepción física, nos encontramos ante un callejón sin salida. En efecto, ¿cuándo podrá considerarse que la construcción en su dimensión material o física, ha comenzado? El propio artículo octavo, apartado cuarto, antes transcrito, demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que permite que en la *inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados*.

¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario, al menos, que se haya efectuado la cimentación? ¿Qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya construcción materialmente no ha empezado a acometerse? DE LA CÁMARA concluye que no hay otra salida sino la de considerar que *todo edificio definido equivale a edificio comenzado*. Esta solución ad-

quiere especial relevancia a la hora de intentar proteger las relaciones jurídicas nacidas entre el dueño del solar y adquirentes de pisos o departamentos del edificio en proyecto o en construcción, o de derechos sobre la finca, como el derivado de un contrato de *Leasing* inmobiliario. El indicado autor, al referirse a las adquisiciones de pisos en proyecto o en construcción, entiende que se trata de ventas de objetos en formación, perfectamente lícitas y susceptibles de surtir efectos reales en cuanto aquéllos se encuentren bien definidos y concretados.

Recientemente este tema ha sido abordado con gran acierto y rigor científico por GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA (16), quien apunta los grandes inconvenientes que pueden derivarse de la falta de protección registral de las relaciones jurídicas surgidas en el estado llamado de *prehorizontalidad*.

1.º Por lo que respecta a la forma, al utilizarse frecuentemente el cauce contractual privado, falta la intervención, por lo general, de persona que asesore con la debida imparcialidad. El contrato carece de publicidad y sus cláusulas aparecen muchas veces redactadas con ambigüedad.

2.º En cuanto al objeto, no suelen determinarse con precisión las circunstancias del mismo y se admiten, en ocasiones, sustanciales modificaciones unilaterales.

3.º Por lo que atañe a la posición de las partes, el adquirente de una finca o derecho en las condiciones expresadas, no suele ocupar una posición equilibrada (tema éste que luego trataremos al estudiar las condiciones generales); carece de medios rápidos y eficaces para reaccionar ante perturbaciones de hecho o de derecho, y se encuentra, en cierto modo, inermes ante los posibles acreedores del dueño del suelo.

Las reflexiones precedentes, así como la solución que propugna, basadas fundamentalmente en la utilización de la técnica registral, aunque referidas fundamentalmente a los adquirentes de pisos o departamentos en proyecto o en construcción, pueden trasladarse al supuesto jurídico que nos ocupa.

Entiende GARCÍA ARANGO que la compra de pisos en construcción no es, según apuntaba la concepción clásica, una compraventa de cosa futura carente de existencia actual y sobre la que no cabe articular una titularidad real del comprador, sino la adquisición de una cosa presente en transformación, de un objeto jurídico en formación que permite superar *ab initio* el estadio puramente obligacional.

Tras recoger la opinión de MANUEL DE LA CÁMARA arriba citada, en

(16) CÉSAR GARCÍA ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA: «La situación de prehorizontalidad y con la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 551, 1982, págs. 925 y ss.

el sentido de interpretar en términos técnicos la frase *construcción comenzada* admitiendo que en esa situación se encuentra todo edificio definido perfectamente según un proyecto aprobado, expone que el Registro no sólo sirve para constatar titularidades jurídico-reales definitivas, sino que también otorga protección a situaciones interinas, provisionales o en formación, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminan sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria.

Entre los supuestos en que nuestra legislación admite la constancia registral de derechos que afectan a cosas que no tienen todavía una existencia actual total, pero que están en formación y tienden a ella, GARCÍA ARANGO cita los siguientes:

1.º La inscripción del derecho del superficiario de *construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos, conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario*. Se trata de la inscripción de un verdadero derecho real en cosa ajena, el de superficie, que sirve de apoyo a una forma especial de propiedad, la superficiaria, que implica un proyecto de construcción, y que, mientras no se construye, implica, además, un derecho sobre un espacio delimitado. El expresado derecho de superficie puede, conforme al apartado 5.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, ser objeto de hipoteca. Asimismo, el artículo 171.2 de la vigente Ley del Suelo, prevé la transmisión y gravamen del derecho de superficie.

2.º El número 2.º del mismo artículo 16 del Reglamento Hipotecario dispone que: *El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación del todo o parte de la finca, o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria y sus concordantes*. RAMÓN DE LA RICA (17) dijo que, en este caso, lo que se inscribía en el Registro era un derecho real potencial, que legitima una cosa futura. Afirmaba que se trataba de una reserva autenticada por el Registro, y que constituía un derecho real transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*, con un contenido económico, hipotecable y embargable.

3.º El número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, admite la hipoteca de los *pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º*, y en este artículo, como veíamos anteriormente, se prevé la inscripción de los edi-

(17) RAMÓN DE LA RICA: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

ficios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada, así como la constancia registral de los *pisos meramente proyectados*. Esta hipoteca, muy frecuente en la práctica, facilita la financiación de la construcción y la de la venta de los pisos al subrogarse en su día el comprador en la deuda hipotecaria, que funciona como parte del precio.

4.º Un supuesto de excepcional importancia para ayudar a resolver los problemas derivados del edificio en construcción o proyectado, y el de la posible inscripción de las relaciones jurídicas sobre él establecidas, nos lo ofrece la figura del *derecho de retorno*, regulado en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En todos los preceptos examinados, continúa diciendo GARCÍA ARANGO, se trata de proteger derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados, pero sí definidos sobre la cosa. Ello no implica una desviación y desnaturalización de la misión específica del Registro de la Propiedad, destinado, en principio, a la protección de los plenos derechos reales, pues el Derecho y el Registro, para cumplir su función y adaptarse a la realidad social, han de tener en cuenta la existencia de situaciones provisionales de gestación de futuras titularidades plenas que, precisamente, para llegar a feliz término y alcanzar existencia perfecta, exigen de la publicidad y protección que les brinda la Institución registral.

Como respuesta a este planteamiento del que surgen nuevas perspectivas y aplicaciones basadas en la técnica registral, el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978 regula en sus artículos 54 y siguientes, la inscripción, en los folios, de las fincas ocupadas para ser destinadas a sistemas generales, de las unidades de aprovechamiento correspondientes a los titulares del dominio o derechos reales sobre aquéllas.

Una vez obtenida por los expresados titulares, certificación del acta de ocupación expedida por el órgano actuante, podrá otorgarse escritura de declaración o especificación de las unidades de aprovechamiento derivadas de su derecho, en la que se describirá la finca o derecho de que proceden, y el polígono donde hayan de hacerse efectivas.

El apartado 4 del artículo 54 del citado Reglamento, establece que: *Las transmisiones posteriores de todas o parte de las unidades de aprovechamiento, se efectuarán conforme a lo dispuesto para la transmisión de bienes inmuebles, inscribiéndose en el mismo folio registral de las fincas ocupadas, que no se cancelará hasta que se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de las indicadas unidades de aprovechamiento hayan de hacer efectivos sus derechos, conforme a lo previsto en el artículo 114 del mismo Reglamento.*

Del apartado 5, se infiere la posibilidad de llevar a cabo actos de

gravamen sobre las repetidas unidades de aprovechamiento, cuando dice que: *Si las unidades de aprovechamiento gravadas se hubieren enajenado parcialmente, el titular de la carga podrá repetir íntegramente su contenido contra cualquiera de los grupos de unidades que pertenezcan a distinto titular o contra todas ellas a la vez, conforme al sistema de los artículos 123 de la Ley Hipotecaria y 221 de su Reglamento.*

La dirección hasta aquí apuntada favorable a la protección registral, durante ciertas situaciones provisionales en las que se gestan futuras titularidades plenas, de relaciones jurídicas referidas a los inmuebles, ha obtenido también un claro reconocimiento en los últimos Congresos internacionales de derecho registral, particularmente en el de Buenos Aires (Argentina), celebrado en 1972. Entre las conclusiones sobre la llamada *prehorizonta*lidad, se decía lo siguiente: 3.^a *De los diferentes intereses legítimos que concurren en la fase de prehorizontalidad, algunos están suficientemente amparados en el ámbito del Derecho de obligaciones, mientras que otros, especialmente el de los adquirentes de elementos privativos, exigen una protección más enérgica a través de la publicidad del Registro.*

4.^a *A este fin, se recomienda que la situación de prehorizontalidad acceda al Registro mediante la práctica del asiento procedente, en el que se contengan los datos esenciales, de carácter técnico y jurídico, definidores del complejo inmobiliario proyectado.* ●

5.^a *Se recomienda asimismo, la instrumentación de los medios registrales suficientes para que, en la fase de prehorizontalidad, los adquirentes de elementos privativos accedan a la publicidad registral, de forma que los efectos de la misma puedan evitar la realización de actos o negocios jurídicos en perjuicio de sus legítimos intereses.*

Al analizar las conclusiones a las que llega GARCÍA ARANGO en el trabajo mencionado, creemos que pueden distinguirse dos aspectos, aunque entre ellos exista una evidente vinculación: a) El acceso al Registro de los edificios en proyecto o en construcción. b) La protección registral de las relaciones jurídicas surgidas en el tráfico inmobiliario, sobre los citados edificios durante ese estado o situación.

En cuanto al primero de los aspectos referidos, el autor citado parece inclinarse hacia la inmediata apertura de los libros registrales sin esperar a la necesitada reforma legislativa que, tanto en el ámbito de la legislación hipotecaria, como en el de la Ley de Propiedad Horizontal, introduzca la organización precisa y pormenorizada de las situaciones de prehorizontalidad. Esto se efectuaría, partiendo de una interpretación actualizada de los preceptos vigentes, en especial del artículo 8 de la Ley Hipotecaria en el sentido anteriormente expuesto.

Nosotros compartimos esta tesis basada en el sentido técnico de los términos *construcción comenzada* hacia la que parece que también se orienta la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1982. En ésta, se alude a la *difusión que ha adquirido la compra de viviendas o locales en propiedad cuando los edificios a que pertenecen se encuentran todavía en construcción o meramente proyectados, originando a veces, una intrincada red de relaciones jurídicas que empieza a manifestarse en la denominada fase de prehorizontalidad en la que ofrece especial relieve la jurisprudencia de los Tribunales que trata de alcanzar soluciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas a través de los medios adecuados*. Y añade asimismo que, *esta situación de prehorizontalidad que aparece centrada esencialmente en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto, conlleva un gran interés para los adquirentes de departamentos o locales, futuros cotitulares del edificio, en cuanto que en esta fase se determina el propio objeto adquirido con sus características físicas y límites, los derechos sobre el mismo (el subrayado es nuestro), así como el régimen estatutario que regulará la futura comunidad, o la fijación de cuota de participación, e igualmente, la responsabilidad hipotecaria ya distribuida por cada finca de las que van a existir en el edificio en caso de haberse constituido garantía real por los créditos percibidos para la construcción, y todas estas circunstancias, permanecerían sin la suficiente publicidad con los riesgos que ello comporta, si no pudieran tener acceso al Registro, lo que lógicamente ha de tener lugar si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal*.

La Resolución continúa considerando que *sin entrar en el examen del supuesto de constitución de la propiedad horizontal en edificio proyectado, por exceder del contenido de este recurso, es indudable que el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en su mismo número 4.º, establece como regla general el acceso a los libros registrales de los títulos constitutivos de propiedad horizontal en los casos en que la construcción del edificio esté no sólo concluida sino por lo menos comenzada*. Considera que *la incógnita que podría presentarse respecto a la determinación del momento en que se entienda que la construcción ha comenzado, aparece despejada en los propios términos gramaticales empleados por la Ley, y que al contener la escritura calificada la declaración de que en el solar ha comenzado la construcción del edificio, no se observa obstáculo que impida el acceso al Registro del título constitutivo de la propiedad horizontal, así como de los pisos o locales del mismo*.

La interpretación amplia que patrocinamos del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, de manera que permita el acceso al Registro de los edificios

en proyecto o cuya construcción esté comenzada partiendo de criterios técnicos exige, sin embargo, plantearse con mayor precisión, en qué momento del proyecto de construcción y en qué circunstancias puede éste obtener la correspondiente protección registral.

DOMÍNGUEZ VILA (18) configura los proyectos técnicos de obras como aquellos documentos, relevantes en el tráfico jurídico, por medio de los cuales el arquitecto plasma el encargo de su cliente, a los efectos de la ejecución material de lo previsto y de la obtención de las autorizaciones precisas para llevar a cabo esa ejecución. Considera que se trata de instituciones clave debido a la peculiar estructura de nuestro Ordenamiento Urbanístico, donde se establece un marco legal básico (Ley del Suelo de 1976 y sus Reglamentos: de Planeamiento, Gestión y Disciplina Urbanística de 1978), y un esquema articulado de concretos instrumentos de planeamiento con contenidos sustantivos y diversas funciones ordenadoras.

Los proyectos de edificación, según el artículo 15.1 de la Ley del Suelo, deberán detallar y programar las obras que comprenden, con la precisión necesaria para que puedan ser ejecutadas por técnicos distintos del autor del proyecto. En su desarrollo pueden distinguirse cuatro fases: Estudio previo, anteproyecto, proyecto básico y proyecto de ejecución. Circunscribiéndonos a estos dos últimos, hay que decir que, mientras el contenido del *proyecto básico* es considerado suficiente para solicitar la licencia municipal de obras una vez obtenido el preceptivo visado colegial, sin embargo es insuficiente para llevar a cabo la construcción. El *proyecto de ejecución*, desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos. Es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras. Mientras el *proyecto básico*, contiene una expresión de las características generales internas y externas que va a poseer la obra, y las soluciones constructivas que se van a adoptar de manera que la Corporación Municipal pueda enjuiciar la obra que se va a realizar, el *proyecto de ejecución*, una vez seguro el Arquitecto de la viabilidad urbanística de su trabajo, determinará todas las características materiales y tecnológicas de la estructura e instalaciones de la obra precisas para su construcción. Presentado este proyecto al Ayuntamiento, sólo en este momento, puede concederse la licencia si una vez examinado el proyecto, éste supera los controles técnicos que el Ayuntamiento tiene encomendados. Previa a la presentación del

(18) ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA: «El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el Ordenamiento Urbanístico», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 79 julio-agosto-septiembre 1982, págs. 89 y ss., y núm. 80, páginas 73 y ss.

proyecto técnico en la Administración, la ley exige el visado del Colegio de Arquitectos para el cumplimiento de un control doble: De tipo colegial y de tipo urbanístico. Este trámite previo se realiza presentándose el proyecto básico al Colegio, el cual lo visa si procede y se vuelve a presentar el de ejecución para un nuevo control antes de su presentación ante la Administración. Este sistema presenta excepciones en los casos en que por la poca relevancia o cuantía del proyecto, sea posible subsumir ambos proyectos en uno, presentándolos juntos a la Corporación municipal, previa la concesión del visado.

El artículo 228.3 de la Ley del Suelo, regula por primera vez, después de años de reglamentación corporativa, el denominado *visado urbanístico* al decir: *Los Colegios profesionales que tuvieran encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 178, denegarán dicho visado a los que contuvieran alguna de las infracciones previstas en el artículo 226 punto 2.*

El visado urbanístico consiste en que, en el procedimiento de visado colegial, se constate la adecuación de ese proyecto técnico a la legalidad urbanística vigente. A partir de la promulgación de la Ley del Suelo se procedió por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos a la elaboración de la reglamentación corporativa aplicadora de esa facultad atribuida a los mismos. Más tarde, el Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, desarrolló el proyecto regulador del visado, de manera distinta a como había sido interpretado por los Colegios. Así, el artículo 45 deja fuera de dudas sobre el verdadero sentido del visado Colegial como cooperación y asesoramiento a la Administración en materia urbanística, correspondiéndole, sin embargo, con carácter exclusivo y excluyente, el control de tipo corporativo. A continuación en el artículo 46, especifica que *la denegación del visado se efectuará respecto de los proyectos técnicos que contuvieran alguna infracción grave y manifiesta de normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas.* Por otro lado, el reglamento citado permite al particular que, aunque el visado le sea denegado, pueda presentar el proyecto ante la Administración municipal a efectos de obtención de la licencia correspondiente. Por último, el artículo 50.1 señala que *la Administración municipal otorgará o denegará la licencia a la vista de cuantos datos e informes obren en el expediente administrativo.*

Los Colegios de Arquitectos al otorgar, en su caso, los visados, no sólo hacen una labor de constatación de la existencia efectiva de un derecho, sino que expresan e incorporan su voluntad de dar o no viabilidad a un determinado proyecto de construcción. El visado, en cuanto

autorización, aunque esté sujeta al control definitivo de la Administración municipal, supone la valoración discrecional de la oportunidad del ejercicio de un derecho, y la comprobación reglada de las circunstancias objetivas previstas por la ley como condicionamientos de tal ejercicio. En ningún caso cabe hablar, sin embargo, de la existencia de competencias simultáneas, yuxtapuestas o paralelas entre los Colegios profesionales y los órganos administrativos territoriales, ya que la calificación por el Colegio no es óbice para que luego, la Administración, en el procedimiento de concesión de licencia, fiscalice la adecuación del proyecto a la normativa urbanística.

Como conclusión de la exposición que precede, sintetizamos nuestro criterio sobre el tema que nos ocupa, en los siguientes términos: La interpretación técnica del texto del artículo 8, apartado 4.º de la Ley Hipotecaria, de manera que pueda otorgarse la cobertura registral a los edificios incluso en proyecto, ha de entenderse en el sentido de que aquéllos hayan quedado definidos mediante sus respectivos *proyectos de ejecución*, y que además éstos hayan obtenido una resolución positiva, tanto del Colegio profesional (visado urbanístico) como de la Administración a través de la correspondiente licencia.

Por lo que respecta al segundo de los problemas abordados por GARCÍA ARANGO, esto es, el acceso al Registro de las relaciones jurídicas inmobiliarias de disposición o de gravamen sobre los edificios en proyecto o en construcción o parte de los mismos susceptibles de aprovechamiento independiente, aquél se muestra claramente partidario de esperar a una reforma que permita la cobertura registral mediante el oportuno asiento: Anotación preventiva, o nota marginal. Entiende que en el sistema actual de *numerus clausus* del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, no cabe la práctica de un asiento provisional, como es el de la anotación preventiva, para hacer constar los posteriores actos o contratos de disposición o gravamen, y aboga por una reforma de aquel precepto, de manera que puedan ampararse debidamente las relaciones surgidas en los supuestos de prehorizontalidad.

Sin perjuicio de ampliar al final de este trabajo el tratamiento que puede darse a esta materia desde el punto de vista de técnica hipotecaria, vaya por delante y como colofón de todo lo anteriormente señalado, nuestro criterio favorable a la apertura inmediata del Registro de la Propiedad, no sólo a las escrituras de declaración de obra nueva en proyecto o en construcción, siempre que reúnan las circunstancias ya expuestas, sino también a determinadas relaciones jurídicas, como el *arrendamiento financiero*, cuando el título que acceda al Registro se adecue en cuanto a contenido y forma, a los principios hipotecarios y

preceptos aplicables a las demás instituciones jurídicas susceptibles de protección tabular.

De entre todos los preceptos recogidos, hay tres que nos permiten afirmar que la expresada protección referida a determinadas situaciones provisionales en las que se gestan futuras titularidades plenas no es, en modo alguno, absolutamente original y que pueden, especialmente, servir de soporte al criterio que sustentamos: 1.º El artículo 107 de la Ley Hipotecaria en sus apartados 5.º (hipoteca del derecho de superficie) y 11 (hipoteca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, inscritos conforme al artículo 8.º). 2.º El artículo 15 del Reglamento Hipotecario que recoge la constancia registral del derecho de retorno arrendaticio. 3.º El artículo 54 del vigente Reglamento de Gestión Urbanística, fundamentalmente en sus apartados 4 y 5, en los que se regula la transmisión y gravamen de ese nuevo concepto introducido por la legislación urbanística, denominado *unidades de aprovechamiento*.

Por lo que respecta a la hipoteca del derecho de superficie, su singularidad radica, precisamente, en la naturaleza especial de esta figura en la que el derecho del superficiario se desdobra en dos: Un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, y una propiedad limitada respecto a lo edificado. Inscrito el derecho de superficie cuando el título público en que se establezca dicho derecho reúna las circunstancias generales necesarias para la inscripción y las específicas señaladas en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, aquél podrá ser objeto de hipoteca, sin que del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, ni mucho menos del referido precepto de su Reglamento, pueda deducirse la exigencia de que el edificio se encuentre en un estado determinado de su construcción. En efecto, el apartado c) del artículo 16, recoge entre las circunstancias de la inscripción, las siguientes: *Plazo para realizar la edificación que no podrá exceder de cinco años; sus características generales, destino y costo del presupuesto*. No obstante, creemos que en orden a la hipotecabilidad del edificio en proyecto, debería seguirse el criterio anteriormente sustentado, esto es, que se trate de proyectos de ejecución con el correspondiente visado y licencia municipal.

Por otro lado, la constancia registral del *derecho de retorno* aparece desarrollada en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, cuando dice que: *Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia, no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota, bastará solicitud del interesado,*

acompañada del contrato de inquilinato o arriendo, y el título contractual judicial o administrativo, del que resulte el derecho de retorno.

Si nos fijamos en la redacción del precepto, la constancia registral del derecho de retorno, no exige tan siquiera la previa a favor del dueño del suelo, del edificio proyectado o en construcción. También es cierto que no se trata de un asiento principal (inscripción o anotación), sino de una simple nota marginal, aunque en cualquier caso, implica una excepción al principio del tracto sucesivo.

Por último, el tercer supuesto a que hacíamos referencia es el contemplado en el artículo 54 del Reglamento de Gestión Urbanística, del cual se infiere la inscribibilidad de las unidades de aprovechamiento otorgadas al titular de una finca o derecho y de los actos de transmisión o gravamen de las mismas.

En el *aprovechamiento* en términos urbanísticos, como señala LASO MARTÍNEZ (19), nos encontramos ante un *acto de concesión originario que dimana directamente del Plan, aunque haya de operar también sobre una superficie de terreno cuya titularidad corresponde a alguien, que es su propietario. El aprovechamiento urbanístico del suelo, lejos de ser un derecho subjetivo radicalmente consolidado en el patrimonio del titular, es el resultado de un acto concesional otorgado por el planeamiento, sujeto, por tanto, al derecho de ser desarrollado y al deber de ejercitarlo cumpliendo las condiciones de su otorgamiento. Este no puede, sin embargo, desentenderse de un régimen estatutario estable que cumpla con una doble condición: La seguridad jurídica de su mantenimiento, y la justa distribución de sus consecuencias entre los afectados por el planeamiento. Por eso, y como condición final, no cabe duda que el aprovechamiento urbanístico constituye un valor patrimonial en sí mismo, susceptible de evaluación económica, transmisible en el mundo jurídico, y signo de expresión del valor del suelo en el terreno económico. Sus elementos integrantes son tres: El volumen, la densidad y los usos asignados; y su cuantificación depende del grado de definición del planeamiento y de su estado de ejecución.*

La doctrina se ha planteado, dice el autor citado, si el aprovechamiento urbanístico reúne las condiciones adecuadas para ser objeto de derecho. Para ello, ha partido, inevitablemente, de la propia peculiaridad del mismo que encierra no sólo una estructura legal, sino también una materialización plástica que, aun invisible a los sentidos, desemboca finalmente en un objeto material tangible. DÍEZ PICAZO (20) considera que objeto

(19) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ: *Derecho Urbanístico*, tomo III, Ed. Montecorvo, 1982, págs. 243 y ss.

(20) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1970, vol. I, pág. 131.

del Derecho es *toda unidad pasiva de referencia, o realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide*. Planteada con esa amplitud la cuestión que examinamos, y supuesto que al Derecho lo que le importa es que el objeto cumpla con una serie de condiciones externas que le hagan viable (que no se trate de *res extra commercium*; o contrarias a la moral o al orden público, y que tengan la individualidad precisa para servir de soporte a determinadas relaciones jurídicas), el ordenamiento jurídico tiene que dejar en la mayor libertad a las personas para que determinen la *materia social afectada* o las realidades que han de tener la condición de objetos de derecho.

El Reglamento de Gestión Urbanística, en el precepto comentado, al referirse a las unidades de aprovechamiento lo hace desde una triple perspectiva: La de su declaración o especificación mediante la escritura correspondiente; la de su transmisión y la de su gravamen. Pues bien, los actos de disposición del aprovechamiento urbanístico pueden efectuarse: Sin desplazamiento del lugar en que está ubicado conforme al Plan o, por el contrario, con desplazamiento de él sobre fincas diferentes (hipótesis contemplada en el repetido precepto que regula la ocupación de terrenos para destinarlos a sistemas generales). Como dice LASO MARTÍNEZ (21), *el sistema inmobiliario español, radicante sobre la infraestructura de las cosas tangibles, se preocupó desde el principio de hacer factible la identificación de las fincas, de tal manera que permitiera, al menos en un tráfico jurídico de buena fe, ser principio de presunción de veracidad, y por eso, desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, se ordenó que la descripción de las fincas en la forma reglamentaria, fuese circunstancia esencial de los asientos bajo pena de nulidad. La agregación de circunstancias identificadoras se ha ido produciendo sucesivamente. Sin embargo, el volumen no ha sido circunstancia necesariamente encajable en la descripción de las fincas hasta que la práctica contractual ha hecho mención de él como circunstancia fundamental en algunos casos, y que el Reglamento de Reparcelaciones de 1966, previó en la letra h) del número 1 del artículo 24, la consignación en el asiento de los libros registrales del uso urbanístico y el volumen de edificación, si constaren. La realidad es, pues, que el sistema inmobiliario no contempla dentro del ámbito de la publicidad lo concerniente a la edificabilidad, ni está previsto a un rango legal suficiente, el alcance de su eventual publicación, lo que plantea uno de los temas más sugestivos: El alcance hipotecario de ciertas determinaciones urbanísticas. Ahora bien, continúa diciendo el autor citado y cuya tesis compartimos, si el sistema inmobiliario es el esquema esencial ideado por el Estado para la publicidad de los inmue-*

(21) LASO MARTÍNEZ: *Ob. cit.*

bles, todo lo concerniente a ellos debería tener en él su cabida natural. Entre las circunstancias urbanísticas, la del aprovechamiento presenta una singularidad tal, y un contenido patrimonial que, es evidente, el interés de la Administración y los titulares de aquél, para obtener su protección registral. Por ello, y pese a la dificultad de enlazar hoy todavía la publicidad registral con el sistema urbanístico, es indispensable la incorporación del tráfico sobre el aprovechamiento al Registro, no sólo por razones técnicas, sino también por exigencias institucionales.

- B) *Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de Leasing para que construya sobre un solar propiedad del futuro arrendatario, y posibilidad de que lo edificado (propiedad superficiaria) sea cedido en régimen de arrendamiento financiero al titular del suelo*

Nos encontramos ante un supuesto de financiación parcial del inmueble, concretada a su edificación, y cuya particularidad radica en que el objeto del contrato de arrendamiento financiero no sería un inmueble por naturaleza, sino lo que se denomina *propiedad superficiaria*. Es decir que al pertenecer el suelo al futuro usuario, lo que se cede en arrendamiento financiero es tan sólo lo construido en ejercicio de un derecho de superficie previamente concedido a la Sociedad de *Leasing*. La posibilidad de un contrato de arrendamiento financiero de esas características exige resolver, fundamentalmente, si el concepto de *inmuebles* utilizado por el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, es un concepto restringido referido únicamente a los inmuebles por naturaleza, o ha de entenderse en un sentido más amplio siguiendo la clasificación y consideración establecida por nuestro Código Civil.

El artículo 334 de este texto señala grupos de bienes diversos, cada uno de los cuales obedece a criterios distintos. Como dice Díez-PICAZO (22), es tradicional configurar dentro del citado artículo cuatro grupos y criterios de ordenación: a) los inmuebles por naturaleza; b) por incorporación; c) por destino, y d) por analogía.

En sentido propio, continúa diciendo el autor citado, es inmueble una cosa considerada como objeto autónomo, en relación con sus propias cualidades objetivas. En cambio, en sentido impropio, no son inmuebles las cosas tomadas en sí mismas, sino cuando se inmovilizan con respecto a otras o quedan, de algún modo, ligadas unas a otras. En definitiva, en estos casos se trata de una *consideración jurídica* que las cosas reciben. Por tanto, se puede afirmar que *muebles* o *inmuebles*, más que conceptos

(22) LUIS Díez PICAZO: *Fundamento del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Tecnos, págs. 144 y ss.

determinables por sí mismos, son puras categorías legales. Así, el artículo 346 del Código Civil dice: *Cuando por disposición de la ley o por declaración individual se usa la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidas en ella respectivamente los numerados en el capítulo 1.º y en el capítulo 2.º*

Pues bien, ante lo establecido en el señalado artículo 1.º del Real Decreto de 1980, según el cual: *Las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero... podrán extender su actividad a la realización de operaciones... sobre bienes inmuebles los cuales sean objeto de tráfico empresarial habitual... hay que acudir al artículo 334, cuyo apartado 10 considera bienes inmuebles: Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*. Nos hallamos ante el cuarto grupo de bienes denominados *inmuebles por analogía*, asimilados o equiparados a los inmuebles en sentido estricto, a los efectos de la aplicación de un régimen jurídico determinado, y entre los cuales hay que incluir, necesariamente, el derecho de superficie y su realización objetiva más depurada, esto es, la llamada *propiedad superficiaria*, como verdadero derecho real sobre un bien inmueble.

A la vista de lo que precede, nuestro criterio no puede por menos de ser favorable a una interpretación abierta del mencionado artículo 1.º y, por tanto, a la posible extensión de las operaciones de *Leasing* inmobiliario al campo del derecho de superficie, con la limitación anteriormente expuesta, esto es, la de que cuando su objeto consista en un edificio en proyecto o en construcción, el proyecto de ejecución correspondiente debe contar con el oportuno visado urbanístico y licencia municipal. La Sociedad de *Leasing*, titular de un derecho de superficie, bien en su estado inicial como tal derecho, o en su estado final, como *propiedad superficiaria*, podrá, en base a la catalogación legal del mismo, y cuando cuente con una valoración positiva de los organismos y autoridades competentes, cederlo en régimen de arrendamiento financiero.

La duración pactada del derecho de superficie no puede ser, en ningún caso, inferior a la del contrato de arrendamiento financiero, por cuanto constituye, precisamente, su objeto. Por otra parte, la necesaria inclusión de la cláusula de opción de compra por imperativo legal y como elemento esencial del contrato de *Leasing*, exige que la facultad del arrendatario de optar, incluso en sentido negativo, no quede inoperante por un dispositivo contractual establecido en la constitución del derecho de superficie, que genera la extinción de éste y la reversión de lo edificado al dueño del suelo, antes de que el arrendatario pueda hacer uso de tal derecho. Cuando el cedente del suelo y arrendatario financiero ejercite la opción de compra sobre la propiedad superficiaria, se produci-

rá la extinción por consolidación del derecho de superficie, quedando aquél como único titular del suelo y de lo edificado. Si, por el contrario, no se ejercitare la expresada opción, la Sociedad de *Leasing* retendrá la propiedad de lo construido durante el período de tiempo estipulado al constituir el derecho de superficie (apartado A) del artículo 16 del Reglamento Hipotecario), salvo que se hubiere pactado que en ese supuesto, el superficiario adquiriera la totalidad del suelo y del vuelo.

Tanto en el caso de que el inmueble en proyecto o en construcción sea financiado en su conjunto por la Sociedad de *Leasing*, como en el que nos ocupa en este apartado (financiación parcial concretada a la edificación), el arrendatario financiero puede asumir el papel de promotor y, eventualmente, el de ejecutar de la obra. El contenido de los respectivos contratos (de promoción y/o de ejecución de obra) o la fórmula comercial más amplia del mandato dirigido a legitimar la actuación del arrendatario como promotor (suscripción de contratos y en general de documentos públicos y privados necesarios para llevar a cabo la edificación, obtención de licencias, autorizaciones, crédito, contratación de personal, etc.) puede formar parte del contrato de arrendamiento financiero, como anexo bien diferenciado del mismo, o condicionando mediante el juego de cláusulas suspensivas o resolutorias la eficacia del contrato mismo o el cumplimiento de determinadas obligaciones. No obstante, su problemática, peculiar, entendemos que queda fuera de este estudio.

C) *Financiación parcial del inmueble concretada al solar. Edificación por cuenta del arrendatario financiero en base a un derecho de superficie concedido por la Sociedad de Leasing*

En este supuesto, el contrato de arrendamiento financiero queda circunscrito al solar. A diferencia de otras formas comerciales utilizadas habitualmente (permuta de solar a cambio de pisos o locales cuya construcción se pretende; constitución de sociedad, etc.), el *Leasing* inmobiliario, en la hipótesis que nos ocupa, permite la financiación del suelo sin pérdida por la Sociedad de *Leasing*, de su titularidad dominical sobre el mismo. La concesión a favor del arrendatario financiero de un derecho de superficie destinado a edificar y hacer suyo lo edificado en el suelo cedido puede llevarse a cabo, en el marco del contrato de arrendamiento, siempre y cuando se establezcan las condiciones necesarias para su eficaz constitución (art. 16 del Reglamento Hipotecario citado) o bien en un contrato independiente. Llegado el momento de ejercitar la opción de compra sobre el solar, la adquisición, en su caso, de éste, lleva consigo la extinción automática por consolidación del derecho de superficie, y el

reconocimiento del pleno dominio sobre el inmueble a favor del hasta entonces arrendatario. Es evidente que cabe pactar la duración del contrato de arrendamiento financiero por un plazo inferior al del derecho de superficie. En este caso, si ejercitada la opción, el inmueble no hubiere sido terminado, el usuario lo hará suyo (suelo y vuelo) en el estado en que se encuentre. Cuando la opción no se ejercitase, el antiguo arrendatario ostentará los derechos típicos derivados de una propiedad superficial sobre lo edificado, que se extinguirán al finalizar el plazo de duración estipulado al constituir el derecho de superficie, salvo pacto en contrario.

Por último, queremos apuntar que, si bien la suscripción del contrato de arrendamiento financiero sobre el suelo puede coincidir en el tiempo, con la constitución del derecho de superficie a favor del usuario del solar es posible que la vida de aquél, o el incumplimiento de determinadas obligaciones en el mismo establecidas, se subordine o condicione a la conclusión de las obras.

4.3. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES RÚSTICOS.—PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO REAL DE VUELO

La posible proyección social de un *Leasing* inmobiliario que tenga por objeto la financiación de fincas rústicas está fuera de toda duda. Al margen de cualquier consideración doctrinal, parece evidente la conveniencia de desarrollar los esquemas jurídicos, técnicos y económicos precisos para que esta figura traspase las fronteras del texto legal que la introdujo y arraigue en el marco de una sociedad agrícola especialmente necesitada de nuevos instrumentos financieros.

La diversidad y complejidad de las formas de cesión de uso y aprovechamiento agrícola de las fincas rústicas tanto en territorio de derecho común como en las regiones forales plantea ya, en la práctica, enormes problemas de interpretación contractual y que, en el caso del arrendamiento financiero, harán imprescindible una matizadísima configuración negocial.

A diferencia de lo que ocurre en los predios urbanos, cuyas tres posibles alternativas hemos examinado anteriormente, entendemos que en este supuesto sólo caben dos formas de *Leasing* inmobiliario: A) Arrendamiento financiero total del conjunto predial, y B) cesión por la Sociedad de *Leasing* de un derecho de vuelo, completada con la del terreno en régimen de arrendamiento financiero.

La primera implica la cesión temporal de una finca para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal a cambio de un canon y con la necesaria inclusión de la cláusula de opción de compra. Se trata de una

típica manifestación del arrendamiento de cosas, siquiera venga éste especialmente modalizado por su carácter financiero y su sometimiento a una regulación especial.

La segunda, se concreta en una doble relación negocial: La propia de un derecho real de vuelo sobre finca rústica ajena y cuya titularidad dominical ostenta la Sociedad de *Leasing*, y la de un contrato de arrendamiento financiero sobre el suelo, anterior o simultáneo al nacimiento de aquel derecho, o posterior a sus resultados.

En esta segunda alternativa, en que el *Leasing* es utilizado como instrumento de financiación parcial del predio (sólo del suelo), se transmiten al titular del derecho de vuelo las facultades indispensables para la plantación y desarrollo de arbolado, reteniendo el dueño del suelo las demás facultades de uso que no interfieran el derecho limitante. Esta figura peculiar, regulada en el artículo 30.3.º del Reglamento Hipotecario, genera a favor de su titular un derecho de propiedad sobre la plantación con separación del dominio del suelo, y que tiene un carácter temporal.

El ejercicio por el arrendatario financiero de la opción de compra relativa al suelo, vigente el derecho de vuelo, extingue éste por consolidación, originando una propiedad nueva y global sobre el predio cedido. Por el contrario, si no se ejercitara la opción, lo plantado o sembrado revertirá al dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

Lo que no resulta fácilmente imaginable, no obstante el criterio mantenido a propósito de las fincas urbanas, es que el dueño de un inmueble rústico ceda el derecho de vuelo a una Sociedad de *Leasing* para su posterior arrendamiento a aquél en régimen financiero, en cuanto a lo plantado o sembrado. Sin poner en duda la aplicabilidad, en estos casos, del artículo 334 del Código Civil, entendemos que la imposible concreción en términos objetivos de este tipo especial de propiedad, a diferencia de lo que ocurre con la denominada propiedad superficiaria, impiden su tratamiento en el marco jurídico que nos ocupa.

SEGUNDA PARTE

III. ESTUDIO DE LAS CONDICIONES GENERALES

I. INTRODUCCIÓN

Como bien señala SÁNCHEZ ANDRÉS (23), la cuestión de las condiciones generales de la contratación son, contemporáneamente, la expresión de una época de cambio. El viejo postulado *qui dit contractuel, dit juste*, en virtud del cual, la filosofía clásica del contrato se permitió abandonar a los acuerdos libres de las partes la ordenación de toda clase de pretensiones de contenido patrimonial se ve amenazado. El uso de las condiciones generales plantea graves cuestiones de legitimidad que exigen una valoración nueva del principio, según el cual, el particular es siempre el mejor guardián de sus intereses, de manera que, en la confrontación recíproca de los mismos, el sistema de autocomposición privada, asegura por sí sólo el logro de las soluciones de equilibrio que reclama la justicia distributiva.

La doctrina civilista clásica, alimentada por una filosofía liberal e individualista, colocó el centro de gravedad del contrato en el consentimiento. Sin embargo, el expresado centro ha ido desplazándose en las últimas décadas, hacia la propia función general que el contrato ha de satisfacer en un sistema de economía social del mercado. Parece pues, que el fundamento último de la referida evolución, y la necesidad correlativa de establecer límites precisos al principio de la libertad del contrato ha de encontrarse en el deseo de equilibrar el respectivo poder de negociación de ambos contratantes, con fines de tutela y protección de la parte más débil.

Un sector doctrinal se ha basado en el puro *derecho imperativo* y en el *orden público* (en su versión de orden público económico), para enjuici-

(23) ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS: «El control de las condiciones generales en Derecho Comparado: Panorama legislativo», *Revista de Derecho Mercantil*, números 157 y 158, julio-diciembre 1980, págs. 385 a 432.

ciar las cláusulas de las condiciones generales. Nuestro Código Civil, en su conocido artículo 1.255 dispone que: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.* Este precepto se complementa con el artículo 1.271, que en su párrafo tercero señala que: *Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.* A su vez, el artículo 1.275 establece: *Los contratos sin causa, o con causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.*

El actual artículo 6.3 del Código Civil dispone que: *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.* Por último, el artículo 7 del mismo texto determina que: *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.*

A la vista de estos preceptos, autores como GARCÍA AMIGO (24) considera que la *buena fe* no puede operar como límite de la validez de las cláusulas de las condiciones generales, porque en ninguno de los artículos señalados se prevé la posibilidad de dar relevancia jurídica al citado principio para determinar la invalidez de las cláusulas que hayan sido objeto de un consentimiento contractual perfectamente formado desde el punto de vista estructural.

Asimismo carece de lógica, continúa diciendo el autor citado, tener en cuenta las *buenas costumbres*, ya que entiende que constituyen una barrera de la autonomía de la voluntad que se manifiesta en el momento de la eficacia normativa del negocio, no en el de su perfección o conclusión.

Por otro lado, afirma, la *lesión*, en cuanto figura técnico jurídica que puede dar lugar a la rescisión del contrato por falta de equidad de las prestaciones, no se admite en general, sino tan sólo en unos casos específicos con carácter excepcional: artículo 1.293 del Código Civil y 344 del Código de Comercio. Por todo ello, concluye GARCÍA AMIGO, las *normas de derecho imperativo y el orden público económico*, representado fundamentalmente por la *Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963*, son los únicos medios de que se dispone para reprimir los abusos que puedan cometerse en la contratación a través de las condiciones generales.

(24) M. GARCÍA AMIGO: *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 242 y ss.

Las notas típicas de este *concepto en blanco*, extraídas de la Exposición de motivos de la citada Ley, son: A) La existencia de una especial conformación estatal de la economía. B) La de que esa conformación presupone, junto al reconocimiento del principio de libertad económica de los ciudadanos, la exigencia de que los poderes públicos adopten una postura activa en el campo de lo social dirigiendo su actividad a la salvaguarda y protección del bien común.

En base a estos principios, señala GARCÍA AMIGO, podría impugnarse por la parte lesionada injustificadamente alegando una violación del orden público económico, la celebración de un negocio en el que una de las partes que goce de una posición de monopolio o, al menos, dominante en el mercado, establezca unas condiciones generales abusivas.

En relación con el concepto que nos ocupa —el *orden público económico*—, Díez PICAZO (25) lo precisa aún más diciendo que: *Se trata de un conjunto de reglas básicas conforme a las cuales, en un momento dado, aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad*. Dichas reglas, indica el autor citado, son las siguientes: 1.^a Reconocimiento de la propiedad privada. 2.^a Reconocimiento de la libertad económica. 3.^a La moralización de las relaciones económicas. 4.^a La de conmutatividad del comercio jurídico. 5.^a La de seguridad jurídica y seguridad en el tráfico jurídico.

Concretamente, por lo que se refiere a la 4.^a, *Conmutatividad del comercio jurídico*, dicha regla aparece construida por las siguientes líneas argumentales: En primer lugar, ningún desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, *ningún enriquecimiento o atribución patrimonial, puede producirse de una manera válida y eficaz, sin que concurra una causa que el ordenamiento jurídico considere suficiente como para servir de fundamento o justificación a dicha atribución*.

En segundo lugar, en el cambio de bienes debe observarse el principio de *equilibrio en las prestaciones*. En efecto, nuestro Código Civil, en su artículo 1.289, aplica esa idea como criterio de interpretación para resolver las dudas de los contratos, cuando dice que éstas se resolverán: *En favor de la mayor reciprocidad de intereses*.

Un autor antes citado, CABANILLAS SÁNCHEZ (26), rebate parte de la tesis expuesta por GARCÍA AMIGO, entendiendo que la operatividad de la *moral y las buenas costumbres*, es algo que no ofrece la menor duda cuando las cláusulas de las condiciones generales entran en contradic-

(25) LUIS Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Ed. Tecnos, 1970, págs. 42 y ss.

(26) ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ: «La naturaleza del *Leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 74 y ss.

ción con el conjunto de convicciones o valores ético-sociales imperantes en una comunidad.

También la *buena fe*, en cuanto principio principio general del Derecho, puede ser utilizada, según CABANILLAS, para reprimir las cláusulas de las condiciones generales claramente inicuas o abusivas, pues no en vano el Título Preliminar del Código Civil establece (art. 1 apartado 4) que los principios generales del Derecho tienen carácter normativo e informan todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que toca a la *rescisión por lesión*, afirma dicho autor que, aunque el contrato no pueda ser rescindido por no darse alguno de los supuestos del artículo 1.291 del Código Civil, ello no significa que no existan medios jurídicos en nuestro Derecho para combatir las cláusulas inicuas. Considera que ésta es la línea establecida por la reciente Constitución española en su artículo 51 y que ha sido recogida por la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, cuyo artículo 3 dispone: *Las condiciones generales, en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados...*

En parecidos términos se expresa el profesor DE CASTRO (27), que patrocina también la tesis de que las condiciones generales podrán ser impugnadas en cuanto sean contrarias a la buena fe; a las buenas costumbres; constituyan un abuso de Derecho o impliquen una renuncia a ciertas leyes. A juicio de los dos autores últimamente citados, debe examinarse atentamente toda norma jurídica que no se aplica por señalarlo alguna cláusula de las condiciones generales, a fin de determinar si existe una *razón fundada* que justifique la inaplicación. Esta justificación no existirá cuando se sustituyan normas dispositivas por unas condiciones abusivas y, en general, cuando se alcancen consecuencias que estén en desacuerdo con los principios generales del Derecho. En este sentido hay que tener en cuenta lo que dispone el apartado 2 del artículo 6 del Código Civil: *La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*. Así pues, el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no será eficaz en cuanto implique una renuncia de la ley.

Por otro lado, y conforme expone CABANILLAS, deben analizarse en profundidad determinadas normas que pasan por ser de derecho dispositivo cuando en realidad forman parte del denominado *ius cogens*: Aqué-

(27) FEDERICO DE CASTRO: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, fascículo II, págs. 295 y siguientes.

llas que se establecen especialmente por razón de la naturaleza misma de los contratos onerosos y conmutativos, y aquéllas otras que resultan de la propia condición de cada tipo de contratos.

Dibujado el marco legal y doctrinal en el que se plantea la cuestión de las condiciones generales de los contratos, vamos a proceder al examen de las que, de manera habitual, forman parte de los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles.

2. EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE «LEASING» INMOBILIARIO

A) *La entrega de la finca en la fecha convenida: Cláusula por la que la Sociedad de Leasing se exonera de responsabilidad si no se encuentra el inmueble a disposición del arrendatario financiero en la fecha convenida*

La cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* no es responsable cuando el usuario no tiene a su disposición los bienes en la fecha y lugar convenidos, de general inclusión en los *Contratos de arrendamiento financiero de bienes muebles*, presenta en los contratos de *Leasing* inmobiliario, unas características absolutamente distintas derivadas, obviamente, de la misma naturaleza de los bienes. Antes de referirnos a los diferentes supuestos que pueden darse en la práctica, creemos oportuno examinar, siquiera sea de una manera sucinta, la cuestión que ha preocupado y preocupa a la doctrina moderna, relativa a las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

Como señala Díez PICAZO en la obra antes citada, a falta de una normativa precisa y clara, el problema tiene que ser reconducido al tema general del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil) que tiene, sin embargo como límites: La ley, la moral y el orden público.

La inadmisibilidad de las cláusulas de exoneración se ha buscado en la imposibilidad de dejar sin efecto un régimen de sanciones establecido por el ordenamiento jurídico como reacción frente a actos de carácter ilícito que constituyen una contravención al mismo. En cambio, se ha señalado que, si tales normas y sanciones son puestas por el ordenamiento a disposición exclusiva del sujeto interesado para hacer posible la satisfacción de su interés, ningún inconveniente existe para que el propio interesado establezca sobre el particular aquello que mejor le acomode.

En la doctrina y en la jurisprudencia prepondera, sin embargo, una

línea de pensamiento que distingue la responsabilidad por *dolo* y por *culpa* o *negligencia*. No nos corresponde aquí fijar estos conceptos, sino tan sólo señalar que, es general el criterio, de considerar como inadmisibles la cláusula de exoneración de responsabilidad por *dolo*, pues lo contrario, supondría permitir la libre comisión de un ilícito.

En nuestro ordenamiento jurídico, el problema se encuentra resuelto por el artículo 1.102 del Código Civil, según el cual: *La responsabilidad procedente por dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla exigible es nula.*

En cambio, resulta más complicada la cuestión relativa a la exoneración de responsabilidad en los casos de *culpa* o *negligencia*. DÍEZ PICAZO, en la obra referida, recoge el parecer mayoritario a tenor del cual, ante una auténtica laguna legal, hay que admitir la validez de las cláusulas que exoneran al deudor en los supuestos indicados. Conforme al artículo 1.103 del Código Civil. *La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.* Así pues, el silencio del Código, junto a la expresa declaración del artículo 1.102 referida exclusivamente al *dolo*, abonan la tesis expuesta y, por consiguiente, la validez de la cláusula de exoneración en el caso de culpa o negligencia.

Aunque algunos autores se muestran partidarios de distinguir dentro del esquema de la *culpa*, entre culpa lata, leve y levísima, y extraer de esta distinción la conclusión de que la *culpa grave* se equipara al *dolo*, la realidad de nuestro derecho positivo, en este caso, el Código Civil, no da pie para entender vigente la máxima: *Culpa lata dolo aequiparatur*.

Ciñéndonos ya al examen de la cláusula de *exoneración de responsabilidad para el caso de que el inmueble no se encuentre a disposición del arrendatario, en la fecha convenida*, y teniendo en cuenta las diferentes hipótesis abordadas en este estudio podemos distinguir los siguientes supuestos:

1.º *La Sociedad de Leasing es propietaria de un inmueble terminado y apto para servir, inmediatamente, a los fines previstos en el contrato de arrendamiento financiero.* En este caso, como la cesión del uso del inmueble se efectuará normalmente, en el marco del contrato de arrendamiento financiero, la cláusula en cuestión no se incluirá en el mismo.

2.º *La Sociedad de Leasing no es propietaria del inmueble.* Pueden distinguirse dos hipótesis: Que la Sociedad de *Leasing* lo adquiera y lo ceda en arrendamiento financiero en el mismo documento, en cuyo caso nos encontraríamos en el supuesto del apartado 1.º, o bien que se suscri-

ba previamente un contrato de arrendamiento financiero, en el que como obligación principal del mismo se comprometa la Sociedad de *Leasing* a adquirir el inmueble y a cederlo en arrendamiento financiero, quedando mientras tanto supeditada la eficacia total del contrato o el de alguna de sus estipulaciones a un juego de condiciones determinado (suspensivas o resolutorias).

Dejando al margen la problemática cierta de la posible validez de un contrato de arrendamiento financiero de *cosa futura*, no cabe duda de que, en el supuesto planteado, sí cobra sentido incluir una cláusula de exoneración de responsabilidad como la mencionada.

3.º *Supuesto del inmueble en proyecto o en construcción.* Cuando la ejecución de la obra sea por cuenta de la Sociedad de *Leasing*, ya sea como titular del suelo, o como titular de un derecho de superficie concedido por el arrendatario financiero como dueño de aquél, es fundamental distinguir según el papel que este arrendatario asuma en la realización de la edificación. En efecto, no es previsible la existencia de una cláusula como la estudiada, en los casos en que el usuario sea el responsable de la promoción y ejecución de la referida obra o al menos de controlar su ejecución, como consecuencia de un contrato celebrado con esa finalidad (mandato, ejecución de obra, etc.). En cambio, será frecuente su inclusión cuando sea la Sociedad de *Leasing* la responsable de la promoción, seguimiento o ejecución señaladas.

Pues bien, como veíamos anteriormente, resulta terminante por imperativo legal (art. 1.102 del Código Civil) la invalidez de una cláusula introducida en los casos señalados, en que de manera total y absoluta, se exonere de responsabilidad a la Sociedad de *Leasing* cuando no tenga a disposición del usuario el inmueble en la fecha convenida, a menos que se salve de dicha exoneración el supuesto en que medie *dolo*.

Otra cuestión es que, aun hecha la expresada salvedad, no quepa impugnar las cláusulas de exoneración de responsabilidad si el inmueble no se entrega en la fecha fijada en el contrato basándose en la infracción de alguno de los principios antes expuestos: Principio de *commutatividad*, en cuanto manifestación de uno superior denominado de *orden público económico* y a tenor del cual, *ningún enriquecimiento patrimonial puede producirse de una manera válida y eficaz sin que concurra una razón o causa* que el ordenamiento jurídico considere suficiente como para servir de fundamento al mismo; y principio conforme al que, asimismo, debe guardarse el mayor *equilibrio* posible *entre los bienes y servicios objeto de cambio*.

Lo que ocurre es que, mientras para el supuesto de *dolo*, la existencia de un precepto legal específico (art. 1.102 del Código Civil) deter-

mina la invalidez de una cláusula de exoneración de responsabilidad generalizada en la que no se excluya el *dolo*, en los casos de actuación culposa o negligente de la Sociedad de *Leasing*, o incluso en situaciones en que sin mediar aquélla, se hayan producido desplazamientos patrimoniales que generen un enriquecimiento injustificado o un desequilibrio en los intereses de ambas partes, serán los Tribunales los que atendiendo a las circunstancias concurrentes, y en base a lo dispuesto en los artículos 1.289 y apartado segundo del artículo 3 del Código Civil, entre otros, establecerán la procedencia de las pretensiones de impugnación, y por ende la invalidez de ciertas estipulaciones.

Por consiguiente, y este criterio lo hacemos extensivo a otras cláusulas a las que luego nos referiremos, la falta de una doctrina específica en torno a las condiciones generales de los contratos de *Leasing* inmobiliario, y más aún, de una jurisprudencia reiterada de los Tribunales, impide, en estos momentos, apreciar con nitidez los perfiles de una configuración presuntamente válida de determinadas condiciones. No obstante por un elemental sentido de prudencia jurídica, y para evitar, como más tarde veremos, calificaciones denegatorias, creemos recomendable la previsión de mecanismos correctores que restablezcan, para los supuestos en que no medie una actuación dolosa, el debido equilibrio de las prestaciones.

- B) *Cláusula por la que la Sociedad de Leasing queda exenta de responsabilidad en los casos de evicción y vicios del inmueble cedido en arrendamiento financiero. Subrogación a favor del arrendamiento de los derechos y acciones que pudieran corresponderle en estos supuestos*

La mayor parte de los autores que han estudiado este tema, lo han hecho en relación con el *Leasing* mobiliario y, generalmente, consideran que la traslación de riesgos o de responsabilidades en los supuestos mencionados constituye una de las características esenciales del arrendamiento financiero que se justifica con la vocación financiera y técnica peculiar de aquella figura, al tiempo que supone una derogación justificable de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos.

El artículo 1.553 del Código Civil al remitirse a los artículos 1.475 y 1.485 del mismo texto, permite afirmar la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la Sociedad de Leasing, tanto en el supuesto de EVICCIÓN (privación del usuario por Sentencia firme y en virtud de un derecho anterior al arriendo, de todo o parte de la cosa arrendada), como en el caso de VICIOS O DEFECTOS OCULTOS,

salvo en los casos que a continuación se indican. En efecto, de acuerdo con el artículo 1.476 (precepto de carácter imperativo) será nulo todo pacto que exima de responder de la evicción cuando hubiere mediado mala fe —*dolo*—; por su parte, conforme al artículo 1.485 antes citado, se exceptúa de la exoneración, el supuesto en que se conocieran por el arrendador los vicios o defectos ocultos.

En relación con la *evicción*, conviene apuntar la particular incidencia que, para la figura objeto de nuestro estudio, tendrá su inclusión en el sistema de publicidad registral propio de las relaciones jurídicas inmobiliarias y a cuyos efectos luego nos referiremos.

Por otro lado, la admisión en términos generales de la cláusula de exoneración de responsabilidad salvo el supuesto de dolo, no impide recordar nuestro criterio apuntado en el apartado A), y según el cual, en base al *principio de commutatividad* allí desarrollado (en su doble vertiente dirigida a lograr que todos los desplazamientos patrimoniales encuentren una causa que los justifique, y que entre los bienes y servicios objeto de cambio, se logre el mayor equilibrio posible), habrá que prever los mecanismos correctores necesarios para evitar el enriquecimiento injustificado o el desequilibrio patrimonial en beneficio de la Sociedad de *Leasing*, cuando se produzca la privación total o parcial del inmueble aun cuando no medie dolo o culpa por su parte. En consecuencia, no sólo deben excluirse las cláusulas que permitan al arrendador percibir el resto de los cánones no vencidos, sino también, y teniendo en cuenta la especial naturaleza del *Leasing* inmobiliario, podría cuestionarse la validez de aquellas cláusulas que no previeran la restitución al arrendatario de los excesos abonados en concepto de canon arrendaticio, o la disminución del importe de los restantes no abonados y del valor residual prefijado en la hipótesis de una privación parcial del inmueble, si es que fuere posible, lo que estimamos difícil en términos jurídicos, que no opere la novación extintiva, haciendo por tanto indispensable la suscripción de un nuevo contrato. De cualquier manera, vaya por delante nuestra afirmación de que, ante la inexistencia de una doctrina o reiterada jurisprudencia sobre el tema, habrán de ser los Tribunales, en su caso, conforme a los artículos 6 y 1.289 del Código Civil, los que decidan en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Así, es evidente que la *subrogación* a favor del arrendatario financiero de los *derechos* y *acciones* que corresponderían a la Sociedad de *Leasing* en los supuestos de evicción o vicios o defectos ocultos, en cuanto pudiera operar como instrumento corrector ante situaciones como la expuesta, serviría para considerar eficaces las cláusulas señaladas.

Por lo que respecta a los vicios o defectos ocultos, la aplicación de

los preceptos civiles (art. 1.484 del Código Civil) y de la doctrina sobre la materia, nos llevan a delimitar su concepto en sentido amplio, entendiendo por tales aquellas circunstancias o condiciones objetivas del inmueble que le hacen impropio para el uso a que se destina, o disminuyen su valor o su capacidad de utilización en los términos estipulados.

Del examen del artículo 1.485 del Código Civil *in fine*, se deduce que, si bien es posible el pacto de exoneración de responsabilidad en estos casos, el legislador, más riguroso al parecer que en el supuesto de evicción, establece como límite a dicha exoneración que *los vicios o defectos ocultos sean conocidos* por el transmitente. Es decir, que la eficacia de la cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* no responde ante la existencia de vicios o defectos ocultos, decae cuando aquélla los conoce sin que sea preciso llegar a la intencionalidad maliciosa propia del dolo.

No obstante, hay que indicar que también el último inciso del artículo 1.484 del Código Civil, contempla una excepción de tipo legal a la responsabilidad del cedente cuando el adquirente del inmueble —arrendatario financiero—, *por razón de su oficio o profesión, debiera conocer fácilmente tales vicios o defectos*. La posición de esta limitación de responsabilidad establecida por la ley dentro del marco jurídico del saneamiento, le atribuye a nuestro entender una eficacia operativa general tanto en la hipótesis de que no haya mediado pacto de exoneración, como en aquéllas en que habiendo mediado, la Sociedad de *Leasing* conociera los vicios o defectos, con la sola excepción de que hubiera actuado con dolo.

Por último destacaremos que, cuando las condiciones objetivas del inmueble, distintas de las pactadas, le hagan *absolutamente inadecuado* para satisfacer las necesidades previstas en el contrato de arrendamiento financiero, el mismo régimen imperativo establecido en el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que exige la afectación de aquél a los fines de *Leasing*, en relación con el artículo 1.124 del Código Civil, dará lugar a la resolución del contrato, aunque exista un pacto de exoneración de responsabilidad, y con indemnización de daños y perjuicios si hubiere mediado dolo.

Las consideraciones ya reiteradas, en torno a la aparición de un enriquecimiento injustificado en el patrimonio de la Sociedad de *Leasing* como consecuencia de los pactos válidamente concertados de exoneración de responsabilidad o, simplemente, por aplicación del supuesto legal antes mencionado (art. 1.484 del Código Civil), nos conducen a estimar como indispensable, no sólo *la subrogación* a favor del arrendatario financiero de los derechos y acciones que pudieran corresponder a la Sociedad de *Leasing*, sino también la fijación de los adecuados mecanismos correcto-

res o compensatorios para el caso de que aquélla no se hubiera previsto o resultara inoperante o insuficiente.

C) *Cláusula por la que la Sociedad de Leasing no responde si el inmueble se deteriora o destruye total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor*

El artículo 1.568 del Código Civil, que contempla, entre otros supuestos, el de *pérdida de la cosa arrendada*, al remitirse al artículo 1.182 del mismo texto, permite afirmar la extinción de la relación arrendaticia cuando la destrucción física del inmueble (pérdida en sentido material) es total, o aun cuando siendo el deterioro o pérdida parcial, la finca quede privada de las condiciones necesarias para cumplir la función económica prevista en el contrato de arriendo.

También la legislación especial de Arrendamientos Urbanos, prevé la resolución de dichos contratos en sus artículos 114.10 (declaración de ruina) y 118 (pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio). Asimismo, la reciente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, en su artículo 82, establece la extinción de la relación arrendaticia si la finca se perdiere totalmente por caso fortuito o fuerza mayor. Cuando la pérdida fuese parcial, el arrendatario podrá optar entre continuar el arriendo con la reducción proporcional de la renta o pedir la resolución del contrato.

La solución que apuntan los preceptos mencionados, está en consonancia con el carácter bilateral del arrendamiento, pues la causa del pago del canon arrendaticio se encuentra, precisamente, en el goce o uso de los bienes arrendados. Al no poder gozar el usuario de los bienes, faltaría la causa que justificara el pago de las mensualidades (art. 1.274 del Código Civil).

Las particulares características del Contrato de arrendamiento financiero no impiden, a nuestro juicio, la aplicación a éste como derecho imperativo, de las normas civiles citadas en cuanto establecen una regulación necesaria para un tipo determinado de contratos: Los de carácter bilateral, oneroso y conmutativo entre los que se encuentra la figura estudiada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en las condiciones generales del *Leasing* inmobiliario, se prevé, normalmente, *el aseguramiento* de la finca objeto del contrato, lo que nos lleva a admitir, en principio, la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la Sociedad de *Leasing*. Como antes se ha tratado en otros supuestos planea,

no obstante, sobre la indicada cláusula, el problema de un posible enriquecimiento injustificado en favor de aquélla. Por ello, conviene distinguir los siguientes casos:

- I. *Siniestro total, o parcial pero de tales características que resulta imposible de manera absoluta el cumplimiento de la función económica prevista en el contrato de arrendamiento financiero*

Pueden plantearse dos supuestos:

1.1. Que en el contrato de arrendamiento financiero no se pacte para esta hipótesis la subsistencia del contrato y la reconstrucción o reposición del inmueble con cargo a la indemnización, o aquélla resultare imposible.

La indemnización a satisfacer por la Compañía aseguradora puede resultar *igual, superior o inferior* al importe de las *rentas pendientes más el valor residual* fijado en el contrato. Pues bien, no se plantea problema alguno cuando la indemnización sea igual a la suma de los citados conceptos, en cuyo supuesto se entregará a la Sociedad de *Leasing*. Cuando la indemnización sea superior al importe de las rentas pendientes más el valor residual, entendemos que el exceso deberá entregarse al arrendatario. Por último, si la indemnización es inferior a la suma de las rentas pendientes y del valor residual, el pacto en virtud del cual corresponde al usuario del inmueble el abono de la diferencia, generará un enriquecimiento injustificado en el patrimonio de la Sociedad de *Leasing*, no admisible en Derecho.

1.2. Que en el contrato de arrendamiento financiero se pacte la subsistencia del mismo y la reconstrucción o reposición del inmueble con cargo a la indemnización, y aquélla resultare posible. Hay que distinguir también diferentes supuestos:

a) Que el importe de la indemnización fuese igual al coste de reposición del inmueble y éste, a su vez, al precio del inmueble que resulte del contrato. No se plantea en este caso ningún problema.

b) Que el importe de la indemnización bastare para cubrir el presupuesto de reconstrucción o reposición del inmueble, siendo ambos superiores al precio del mismo según el contrato. Si el arrendatario financiero ejercitare en su momento la opción de compra prevista en el contrato razón de las primas del seguro satisfechas.

Pero si, por el contrario, el arrendatario financiero no ejercitare la opción, hará suya esa diferencia de valor sobrevenida a la que es acreedor

opción de compra, es indispensable que perciba la diferencia entre el valor de reposición del inmueble y el precio del mismo según contrato.

c) Cuando el importe de la indemnización, aun siendo igual al precio fijado en el contrato, resulte inferior al coste de reconstrucción o reposición del inmueble, si se hubiere estipulado que la Sociedad de *Leasing* abonare la diferencia, creemos que se inevitable la novación extintiva del contrato conforme a los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, debiendo fijarse de nuevo contractualmente: El precio del arriendo, la cuantía de los plazos y el valor residual del inmueble.

Cuando se hubiere pactado que la diferencia o exceso entre el importe de la indemnización y el de la reconstrucción o reposición de la finca lo abonare el arrendatario puede ocurrir: Que éste ejercite en su momento la opción de compra en los términos del contrato, en cuyo caso haría suyo el incremento experimentado por vía de reposición del inmueble, quedando suficientemente compensado de esta manera; o bien, que el usuario no utilice dicha opción, en cuya hipótesis, para que no se produzca el enriquecimiento, sería preciso el reembolso por la Sociedad de *Leasing* de la diferencia entre el presupuesto de reposición y la indemnización realmente percibida.

Existen contratos de arrendamiento financiero; en los que se pacta que si la indemnización no alcanzase a cubrir el valor de reposición del inmueble, y el arrendatario hiciere efectiva la diferencia, se entenderá ejercitada en ese mismo momento la opción de compra sobre el mismo. Estimamos válida dicha cláusula establecida al amparo del principio de libertad de pactos y en cuya virtud, junto al plazo normal para ejercitar la opción, se estipula otro, condicionado al surgimiento de un acontecimiento determinado.

d) Cuando la suma en que consista la indemnización sea superior al coste de reposición del inmueble, y éste a su vez, igual que el precio fijado en el contrato para el arriendo, el usuario será acreedor de la diferencia.

e) Por último, si el importe de la indemnización fuere superior al coste de reposición de la finca, y éste también superior al precio señalado en el contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario hará suya la diferencia entre la indicada indemnización y el presupuesto de reconstrucción o reposición y además, habrá que tener en cuenta lo expuesto en el apartado b) precedente, según se ejercite o no la opción de compra.

II. *Siniestro parcial*

Consideramos aplicables, en términos generales, los mismos criterios señalados en el epígrafe I.2 con las adaptaciones propias del caso. En efecto, si tras el siniestro el inmueble se viera disminuido en su valor o en sus condiciones o cualidades objetivas sin que ello impidiera absolutamente el cumplimiento de la función económica prevista en el contrato de arrendamiento financiero, y no fuera posible su reposición al estado anterior en la forma antes expresada, se hará indispensable la novación del contrato para establecer un nuevo sistema de organización de intereses (modificación de la cuantía de las rentas pendientes, valor residual, etcétera), de acuerdo con los principios civiles sobre la materia.

Para finalizar con el estudio de la cláusula que nos ocupa, diremos que el pacto en virtud del cual la Sociedad de *Leasing* seguirá percibiendo durante la reposición o reconstrucción del inmueble las rentas pactadas que venzan durante el expresado período, no puede considerarse válido, abundando en las razones repetidamente expuestas (principio de conmutatividad: Enriquecimiento injustificado), a menos que el arrendatario pueda seguir obteniendo del inmueble la misma función económica que hasta la fecha del siniestro (siniestro parcial), o bien, por razón del seguro concertado, la indemnización cubra, además de los conceptos ya señalados, el pago de los cánones que se devenguen durante el período de reposición o reconstrucción.

- D) *Cláusula en virtud de la cual, la falta de pago de alguna de las mensualidades dará lugar a la resolución del contrato de Leasing inmobiliario, y al pago inmediato de una parte importante o de la totalidad de las mensualidades no vencidas*

La resolución del contrato de arrendamiento financiero por impago de las mensualidades pactadas debe admitirse, ya que se basa en el incumplimiento por el usuario del inmueble de la obligación de pago del precio en el tiempo y lugar fijados. El problema surge al valorar la cláusula por la que el arrendatario, ante el incumplimiento citado, ha de pagar una parte importante o la totalidad de las mensualidades no vencidas.

En realidad, se trata de una cláusula penal que sustituye habitualmente a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses (artículo 1.152 del Código Civil). Su misión consiste en reforzar el vínculo, ofreciendo a la Sociedad de *Leasing* un medio más intensamente eficaz para lograr que el arrendatario cumpla sus obligaciones concernientes al pago del canon.

El párrafo segundo del citado precepto señala que: *Sólo podrá hacerse efectiva la pena, cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.*

Pues bien, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1.101 y 1.105 es evidente que, para que la pena sea exigible, es preciso que el arrendatario haya incurrido en *mora*, lo que generalmente no se produce de manera automática desde que llega el momento de cumplir y no se cumple, sino cuando llegado éste, el acreedor exige su cumplimiento. Claro es que puede pactarse que, llegado tal momento y no cumpliéndose la obligación, se incurra en la pena automáticamente sin necesidad de requerimiento alguno. La exigibilidad de la pena se da por el simple incumplimiento, cumplimiento defectuoso (por ejemplo, pago de parte del canon estipulado) o retraso en el cumplimiento. Además, y conforme al artículo 1.105 del Código Civil, resulta obvio que la exigencia de la pena sólo podrá tener efecto en los supuestos de *culpabilidad*, salvo que se hubiere pactado expresamente la asunción del riesgo por caso fortuito. Por último, en lo que se refiere a la *prueba* de la cláusula penal, hay que distinguir entre la *prueba del incumplimiento* o *cumplimiento defectuoso* que deberá efectuarse siempre, y la prueba de la *cláusula penal misma*, que cuando tenga, como ocurre en el caso de nuestro estudio por regla general, carácter sustitutivo, exime de la fijación de los daños, perjuicios e intereses.

De todo lo expuesto se desprende que, los efectos de la cláusula penal, se traducen en una agravación de la responsabilidad del deudor. Ello lleva consigo la posible aplicación del artículo 1.154 del Código Civil, según el cual: *El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.* Este precepto se configura como un verdadero deber de los Jueces que se efectúa en virtud de un arbitrio de equidad. Supone además una expresa remisión a los principios generales del Derecho. En particular, a estos efectos debe tenerse presente lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 del Código Civil a cuyo tenor: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

A su vez el artículo 3 apartado 2 del mismo texto dice: *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

Aunque la jurisprudencia, por lo general, se inclina por la moderación de la pena en los supuestos de *cumplimiento irregular*, es decir, *solamente cuando se cumplió algo*, alguna Sentencia aislada, como la de 5 de noviembre de 1965, entiende que cabe también moderar la aplicación de la pena cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos.

En conclusión, y por lo que se refiere al problema aquí planteado, consideramos que, puesto que la apreciación, en su caso, de la necesidad de moderar la cláusula penal, corresponde a los Jueces, y dado que hasta el momento en relación con los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, no existe tal jurisprudencia, no cabe más que la simple recomendación de establecer un criterio de prudencia en la configuración de las expresadas cláusulas penales.

E) *Cláusula por la que el arrendatario financiero no podrá ceder, subarrendar o traspasar el inmueble objeto del contrato*

Un análisis detenido de las tres figuras mencionadas: Cesión, subarriendo y traspaso, nos conduce a adoptar el siguiente criterio en orden a su admisibilidad.

Por lo que se refiere a la cesión del inmueble, ésta puede estimarse válida cuando opere en el marco jurídico de la denominada *CESION DEL CONTRATO*, tal y como luego veremos.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos de traspaso y subarriendo. En efecto, en lo tocante al *traspaso*, la exclusión del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles del ámbito normativo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como veíamos anteriormente, hace innecesario reiterar aquí de nuevo las razones que, a nuestro juicio, fundamentan la inaplicación de la expresada legislación a la figura objeto de nuestro estudio, y por consiguiente de unos preceptos nacidos para regular una modalidad, de perfiles tan específicos, como la que representa el traspaso de locales de negocio.

Por otra parte, el *subarriendo*, como contrato por el que una de las partes (en este caso, el arrendatario financiero) se obliga a dar a otra (subarrendatario) el uso o goce de todo o parte del inmueble arrendado, por tiempo determinado y precio cierto, se compagina mal con el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que de manera imperativa establece que: *Los bienes quedan afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, durante toda la vigencia del contrato*.

Al tratar este precepto cuando examinamos los problemas del inmueble en proyecto o en construcción, apuntábamos cómo *la afectación a un*

fin (el previsto en el contrato) implica el *compromiso permanente del usuario de destinar todo el inmueble de acuerdo con el uso pactado durante la vida del contrato*. Así pues, el carácter terminante de la norma precitada, impide a nuestro entender, toda alteración de hecho o de derecho de las condiciones de utilización del inmueble que fueron estipuladas en el contrato, para el cumplimiento del fin previsto en el mismo.

A diferencia del subarriendo, la *cesión de arrendamiento* constituye un contrato en el que una de las partes (en este caso el arrendatario financiero) transmite a la otra el conjunto de derechos y obligaciones que integran la posición jurídica de arrendatario en la relación jurídica de arrendamiento, en cuya posición queda subrogado el adquirente.

Aunque nuestro derecho positivo no contiene normas que admitan y consagren con carácter general la figura de la cesión del contrato, la doctrina mayoritaria considera que todo contrato cuya naturaleza no sea de carácter *personalísimo* por lo que se refiere a sus prestaciones, es cedible como un todo al amparo del principio general de libertad de pactos contenidos en el artículo 1.255 del Código Civil y porque no es contraria a la ley, a la moral, ni al orden público.

Nosotros creemos que el pacto por el que la Sociedad de *Leasing* prohíbe la cesión del contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble o bien lo condiciona a su consentimiento, es válido, como evidentemente también lo es, a tenor de lo expuesto anteriormente, la cláusula por la que la Sociedad de *Leasing* permite la cesión del contrato prestando su consentimiento por anticipado.

Hay que partir de la base de que el fenómeno de la cesión del contrato, como dice DÍEZ PICAZO (28), es un negocio que se forma a través del encuentro o coincidencia de tres declaraciones de voluntad que persiguen el mismo propósito: En el supuesto que nos ocupa, la de la Sociedad de *Leasing*, la del arrendatario financiero, y la del cesionario. Se trata, por tanto, de un *contrato plurilateral* o *negocio plurilateral*, cuya peculiar configuración como tal impide la aplicación de la normativa civil e hipotecaria de las prohibiciones de disponer cuando tal cesión se prohíba o supedita a la previa autorización de la entidad arrendadora en el contrato de *Leasing* inmobiliario.

La cuestión de si el negocio de cesión es una traslación de la originaria relación jurídica contractual, que pasa del cedente al cesionario, o si, mediante unas nuevas declaraciones de voluntad, se produce la renovación total del contrato primitivo (novación extintiva), debe resolverse a favor del mantenimiento del primitivo vínculo contractual siempre y cuando se produzca la subrogación íntegra del adquirente en los mismos

(28) LUIS DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, páginas 827 y ss.

derechos y obligaciones que tuviera el arrendatario financiero cedente. No creemos que el término *usuario* que emplea el artículo 1.º del Real Decreto citado, tenga un carácter singular que otorgue al contrato la naturaleza de personalísimo, aunque es evidente, como señalábamos anteriormente, la necesidad de mantener incólumes las restantes condiciones en que se fundamenta y apoya el sistema pactado de organización de intereses. Cuando esto no ocurra, y surja una objetiva incompatibilidad o contradicción entre la reglamentación antigua y la nueva, aun cuando fuere consentida por las partes, no podrá hablarse de pervivencia del primitivo contrato de arrendamiento financiero, y su extinción vendrá impuesta no sólo por aplicación de los preceptos propios de la institución novatoria (arts. 1.203 y ss. del Código Civil), sino conforme a las normas específicas que, con carácter de derecho necesario, regulan los elementos esenciales del contrato que nos ocupa.

- F) *Cláusula por la que llegado el término del período contractual de utilización del inmueble, sin que el arrendatario financiero lo hubiera adquirido en virtud de la opción de compra, ni restituido a la Sociedad de Leasing, el contrato se considerará prorrogado en sus mismas condiciones, precios y plazos*

En definitiva, el problema se concreta en examinar si al contrato de arrendamiento financiero le son aplicables por expresa invocación de las partes las reglas civiles de la denominada *tácita reconducción* (arts. 1.566, 1.577 y 1.581 del Código Civil), ya se entienda como prórroga del primitivo contrato de arrendamiento, o como uno nuevo pactado de modo presunto.

Nuestra opinión es contraria a la admisión de la cláusula expresada por ser incompatible con la esencia del contrato de *Leasing*. En efecto, cuando en una figura contractual como la estudiada las relaciones entre las partes quedan definidas y enmarcadas por la existencia de unos determinados elementos estructurales típicos, es decir, cuando nacen causalizadas y con un perfil funcional específico, al finalizar el período contractual, no caben alternativas distintas al ejercicio de la opción o a la restitución de la posesión del inmueble.

Cualquier otra solución alteraría la función económico-jurídica que la relación obligatoria desempeñaba entre la Sociedad de Leasing y el arrendatario del inmueble, de acuerdo con el sistema de organización de intereses pactado, e implicaría la extinción de aquélla y su sustitución por otra nueva sometida a un régimen jurídico diferente.

Por otro lado, si como se expuso en otro lugar, el contrato de arren-

damiento financiero de inmuebles es un contrato *mercantil*, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 61 del Código de Comercio, a cuyo tenor: *No se reconocerán términos de gracia o cortesía u otros que, bajo cualquiera denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho.* Pues bien, dado que cualquier estipulación en el sentido apuntado constituiría una *lex privata* entre las partes con efectos propiamente notativos y que no hay una norma que ampare expresamente la prórroga del contrato en las condiciones pactadas, antes bien, ésta introduciría una sustancial modificación en la estructura del mismo, hay que concluir afirmando que, dicha cláusula, no deberá formar parte de las condiciones generales de los contratos de Leasing inmobiliario, y que su inclusión daría lugar, en su caso, si llegara a surtir efectos, al nacimiento de una figura contractual distinta de la primitiva, sujeta a una normativa diferente a la que examinamos.

TERCERA PARTE

IV. LA INSCRIPCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Conforme al artículo 1.280 del Código Civil, deberán constar en *documento público*: 1.º *Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.*

¿Es el derecho del arrendatario financiero un derecho real? Es éste el problema al que ahora vamos a referirnos.

Decíamos en otro lugar que, en el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, nos encontramos no ante una mera unión de contratos sino ante un nuevo y único contrato, complejo resultado de la fusión de varias técnicas jurídicas. Se trata, apuntábamos, de un contrato mixto en el que se funden dos formas contractuales de contenido atípico: *El arrendamiento* y *la opción de compra*, con causa única.

El nacimiento de una figura jurídica nueva no es óbice, sin embargo, para que el análisis de la naturaleza del derecho a que da lugar se haga partiendo del estudio de sus dos elementos estructurales fundamentales: *El arrendamiento* y *la opción de compra*.

Es ya tradicional la discusión de la doctrina en torno a si el *arrendamiento* genera o no un derecho de naturaleza real. La tesis clásica sitúa el derecho arrendaticio entre los llamados derechos personales.

Como dice DÍEZ PICAZO (29), esta tesis tropieza con graves dificultades. En efecto, en la realidad, el arrendatario es un poseedor de la cosa arrendada y tiene sobre ella un poder directo e inmediato.

Por otro lado, añade, el principio de la ineficacia del arrendamiento frente a los terceros adquirentes de la cosa tiene excepciones importan-

(29) LUIS DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, páginas 71 y ss.

tes: La primera, la que resulta del apartado 5.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, según el cual: *En los Registros de la Propiedad se inscribirán... los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles por un periodo de más de seis años, o aquéllos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriba.* La segunda excepción, la constituyen los arrendamientos protegidos con prórrogas legales. A esta categoría pertenecen los arrendamientos sometidos a las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos, los cuales conceden a sus titulares un derecho de gran fortaleza.

Por ello, en la reciente doctrina se apunta el que si bien no todo arrendamiento genera un derecho real, presentan este carácter los arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad, y los sometidos a las legislaciones especiales.

De acuerdo con la tradición jurídica española, el concepto de *derecho real* se define por las dos características básicas siguientes: El carácter *inmediato*, por el que el poder del titular se realiza y se ejercita de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otra persona; y el carácter *absoluto*, por el que el titular del derecho hace éste eficaz y satisface su interés, no sólo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros. Esto es lo que se define como efectividad *erga omnes*, o deber universal de respeto. No obstante, como muy bien señala DÍEZ PICAZO en la obra citada, el *carácter real* no puede predicarse de un derecho subjetivo como una situación unitaria y típica de poder jurídico, sino que con tal idea se alude a determinadas posibilidades de actuación, o a determinadas consecuencias jurídicas. Así, se habla de *acción real*, *efecto real* o *trascendencia real*, términos todos ellos cuya diferencia cualitativa interesa destacar.

El concepto de acción real se ha perfilado poniendo en conexión la acción con el derecho subjetivo y considerando la acción como un puro derivado del derecho. De esta manera, el derecho real generaría acciones reales, y los derechos de crédito, acciones personales. Este planteamiento no es, sin embargo, enteramente exacto, ya que hay situaciones jurídicas de las cuales pueden derivarse, alternativa u opcionalmente, acciones de uno u otro tipo.

Nuestro Reglamento Hipotecario, en su artículo 7, parece deslindar tres categorías: *a)* El dominio y los derechos reales típicos, que expresamente menciona el artículo 2 en su apartado 2.º. *b)* Otros derechos de la misma naturaleza, es decir de naturaleza real. *c)* Actos o contratos de trascendencia real.

En el mismo artículo 7 citado, la trascendencia real parece hacerse radicar en el hecho de que *el acto o contrato, aun cuando carezca de nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro algunas de las facultades del dominio*.

Pues bien, nuestro criterio es el de que del arrendamiento de inmuebles, no sólo se derivan una serie de efectos jurídicos que permiten atribuirle trascendencia real, sino que se trata de un verdadero *derecho real limitado y limitativo del dominio* de los comprendidos en el apartado b) antes señalado.

Es un derecho real en cuanto su titular ejercita las facultades concedidas en el contrato, de una manera directa sobre el inmueble que constituye su objeto (inmediatividad), y de forma absoluta, es decir, no sólo frente al arrendador, sino también frente a terceros. Al limitarse las facultades del arrendatario a las contenidas en el negocio jurídico de constitución del arriendo, puede considerarse como un derecho real limitado, y a la vez limitativo del dominio, ya que sustrae algunas de las facultades de aquél (uso y disfrute) para atribuir las a un titular distinto al que le otorga una especial protección.

Por lo que se refiere al *derecho de opción*, hemos también de reconocer la existencia de diversas posiciones doctrinales en torno al problema de su naturaleza jurídica. Fundamentalmente, pueden reconducirse a cuatro que han sido estudiadas en profundidad por SERRANO (30):

1.^a La de quienes conceptúan la opción como un derecho personal (VALVERDE, DE BUEN), criterio que choca con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario que prevé su inscripción, y que, por consiguiente, sería contrario al artículo 98 de la Ley Hipotecaria y artículos 9 y 51, 7.º de su Reglamento.

2.^a La de quienes consideran el derecho de opción como *ius ad rem*, entendiendo que la constancia registral del mismo le atribuye ciertos efectos reales (DÍEZ PICAZO, DE CASTRO, entre otros).

3.^a PUIG PEÑA Y ESPÍN, hablan del derecho de opción como derecho personal o real según la intención de las partes.

4.^a Para GARCÍA AMIGO (31), el derecho de opción es uno de los denominados derechos reales limitativos, en cuya virtud la facultad dispositiva del *dominus* se condiciona a la voluntad adquisitiva de otra persona. En el análisis de su estructura, distingue: a) un sujeto a quien se atribuye el poder de adquirir; b) una cosa para cuya adquisición se faculta al titular, y c) un poder del sujeto sobre el objeto. Este poder,

(30) EDUARDO SERRANO ALONSO: «Notas sobre el derecho de opción», *Revista de Derecho Privado*, año 1979, págs. 1131 y ss.

(31) MANUEL GARCÍA AMIGO: «Derechos reales de adquisición», *Revista de Derecho Privado*, 1976, págs. 99 y ss.

que individualiza al derecho real de adquisición frente a los demás derechos reales, viene dado por la facultad de adquirir una situación jurídico real, es decir, de hacerse transmitir la titularidad dominical de una cosa, concurriendo ciertos requisitos y efectuando las contraprestaciones correspondientes.

La facultad que compete a su titular, continúa diciendo el autor citado, es de carácter real, por cuanto: 1.º recae directamente sobre una cosa determinada negocialmente, y 2.º excluye a cualquier otro de su adquisición, con carácter general y absoluto, estableciendo una preferencia adquisitiva y concediendo poder para la adquisición aun cuando se haya enajenado a terceros.

A la vista de las consideraciones expuestas, sintetizamos nuestra opinión sobre el tema que nos ocupa en los términos siguientes:

Primero: Si bien el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles es un contrato nuevo, resultado de dos formas contractuales (arrendamiento y opción de compra), que al fundirse, originan una figura original sometida a un régimen jurídico específico, su naturaleza participa de los caracteres definitorios de sus dos elementos estructurales fundamentales.

Segundo: Aun cuando desde la perspectiva de derecho constituyente y, en base al criterio arriba expuesto, somos partidarios de una reforma legislativa que prevea el derecho arrendaticio entre los derechos reales enumerados en el artículo 2, apartado segundo de la Ley Hipotecaria, inscribible *per se*, en el plano del derecho constituido, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado quinto del citado artículo, del cual resulta la necesidad de *convenio expreso de las partes* para que se inscriba el contrato de arrendamiento de inmuebles.

Tercero: Que por consiguiente, y sin adentrarnos en profundidad, en la discusión (por no ser necesario en nuestro caso), de si la inscripción del arrendamiento de inmuebles en el Registro de la Propiedad, convierte a éste en derecho real (tesis mantenida por un sector doctrinal desde antiguo y por una reiterada jurisprudencia apoyándose en la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y en una interpretación conjunta de los artículos 1 y 2 de la vigente Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), o por el contrario, subsiste como derecho personal, otorgándole la inscripción una cierta eficacia real (tesis mantenida entre otros hipotecaristas, por ROCA SASTRE y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE), creemos, sin perjuicio de la opinión que sustentamos en el plano puramente doctrinal, que la intención del legislador fue la de dotar a los arrendamientos de

inmuebles inscritos, de los efectos típicos de un derecho real (conclusión de *lege data*).

Cuarto: En relación al derecho de opción, y volviendo al trabajo de SERRANO (32), cuyas conclusiones en este punto compartimos, hay que decir que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario en el que se prevé la inscripción de aquél, no influye en su consideración como derecho de naturaleza real.

Entendemos, siguiendo la opinión del citado autor, que el derecho de opción es inscribible por su propia naturaleza real. En efecto, el artículo 14 del texto señalado, parte de la conceptualización del derecho de opción como derecho de naturaleza personal cuando dice: *Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible*, al que posteriormente y como consecuencia de su acceso al Registro se le añade una cierta eficacia real. Ahora bien, si se tiene en cuenta la naturaleza reglamentaria del precepto referido, resulta obvio que hay que acudir a la Ley Hipotecaria, para ver qué dice ésta en lo tocante al repetido derecho. Sin embargo, nos encontramos con que aquélla no dice nada, y es su Reglamento el que introduce la regulación *ex novo* de esta figura. Se trata pues, de un caso evidente de subversión de la jerarquía normativa de la que se deriva que una disposición de rango inferior (art. 14 del Reglamento Hipotecario) efectúa una derogación de lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, la cual no permite la inscripción de derechos de naturaleza personal, salvo que ella misma lo autorice, lo que aquí no ocurre. Esta contradicción entre lo establecido en la norma básica y principal, y lo establecido en su Reglamento, debe resolverse en favor de lo establecido en la Ley Hipotecaria considerando, por tanto, contrario a Ley (al menos en parte) el artículo 14 señalado.

Si el legislador hipotecario conceptuó al derecho de opción como derecho personal y quiso su posterior inscripción en el Registro, debió hacer tal salvedad en la propia Ley, declarando inscribible tal derecho como excepción a la regla general.

La conclusión que se deriva de lo expuesto a nuestro juicio es, la de que en modo alguno puede apoyarse la doctrina sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, sino que deberá sustentarse sobre otros criterios. En este sentido, y por todas las razones desarrolladas más atrás, entendemos que el derecho de opción de compra debe tener su acceso al Registro *per se* como verdadero derecho real conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y sin

(32) EDUARDO SERRANO ALONSO: «Notas sobre el derecho de opción», *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 1148 y 1149.

que su titular, para obtener la protección tabular, tenga que someterse a la voluntad del concedente del mismo.

Otra cosa es que partiendo de su inscripción incondicionada cuando reúna los requisitos fijados por la legislación vigente para dar entrada en el Registro de la Propiedad a los derechos reales, no puedan entenderse válidamente aplicables las restantes prescripciones establecidas en los apartados 2.º y 3.º del artículo 14 del Reglamento tantas veces mencionado.

Quinta: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles regulado en el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y, particularmente, en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, como figura negocial nueva sometida a un régimen legal específico, 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 aquéllos*.

El derecho del arrendatario financiero implica, no sólo el uso del inmueble en los términos pactados, sino algo más, la afectación del mismo a uno de los fines de los previstos en su legislación reguladora y durante toda la vigencia del contrato. Este, además, por disposición legal expresa, habrá de contener una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento.

El arriendo y la opción de compra no podrán, por tanto, obtener una cobertura autónoma, alternativa u opcional del Registro de la Propiedad, ya que forman parte de un título negocial único e inescindible: El Contrato de *Leasing* inmobiliario.

Al ser el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles una figura de nuevo cuño legal no contemplada, evidentemente, por el legislador al redactar la Ley Hipotecaria y su Reglamento, no cabe entender limitada su inscripción en los términos señalados por el apartado quinto del artículo 2 de la citada Ley, y menos aún, por el apartado primero del artículo 14 del Reglamento Hipotecario respecto al derecho de opción.

Por consiguiente, el derecho del arrendatario financiero, como verdadero derecho real, quedará sujeto a las condiciones establecidas por la legislación hipotecaria que regulan, con carácter general, el acceso a los libros registrales de aquel tipo de derechos. Su inscripción en los Registros de la Propiedad procederá, por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 apartado segundo de la Ley Hipotecaria, y 7 de su Reglamento.

2. EL TÍTULO INSCRIBIBLE

Si, como hemos afirmado, el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles origina un verdadero derecho real, y éste, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.280 del Código Civil, ha de constar en documento público, es evidente que el título en sentido formal a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad no puede ser otro (de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria) que la *escritura pública*.

Las diferentes situaciones que pueden plantearse en la práctica, y a las que nos hemos referido anteriormente, darán lugar a títulos de contenido diverso, en los que el contrato de arrendamiento financiero aparecerá solo, o ligado a otro tipo de actos o contratos.

Nuestro estudio aquí, por razones obvias, se limitará a examinar de manera esquemática las variadas hipótesis contractuales que puedan surgir en torno a la figura del *Leasing* inmobiliario, y su correspondiente reflejo documental.

a) *Finca rústica o urbana propiedad de la Sociedad de Leasing y cuyas circunstancias objetivas permiten una utilización inmediata por el futuro usuario para la realización de los fines que se prevean en el contrato.*

El título contendrá únicamente el contrato de arrendamiento financiero del inmueble en cuestión.

b) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing con edificación por cuenta de ésta y contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto resultante (suelo y edificación).*

Pueden formalizarse en un mismo documento o en dos, según se estime: 1.º La declaración de obra nueva en proyecto o en construcción (cuando se cuente, según hemos mantenido, con el correspondiente proyecto de ejecución y éste haya obtenido el visado urbanístico y la licencia municipal). Dicha declaración la efectuará la Sociedad de *Leasing*.

2.º La cesión en régimen de arrendamiento financiero del inmueble (suelo y vuelo). En este contrato, podrá supeditarse la eficacia plena del mismo, o de alguna de las prestaciones previstas en aquél, a la correcta terminación de las obras y entrega del inmueble, mediante el empleo de condiciones suspensivas o resolutorias.

c) *Solar propiedad del arrendatario financiero. Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de Leasing. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito a la denominada propiedad superficiaria.*

Se formalizará, en primer lugar, y mediante escritura pública, la concesión del derecho de superficie a favor de la Sociedad de *Leasing*.

La declaración de obra nueva en proyecto o construcción cuando aquél

cuenta con el visado urbanístico y licencia municipal, o bien la declaración de obra nueva terminada mediante la que se objetivice la propiedad superficiaria, podrá efectuarse en el mismo documento en que la Sociedad de *Leasing* ceda la expresada propiedad en régimen de arrendamiento financiero, o en documento público aparte.

d) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión por ésta de un derecho de superficie al futuro arrendatario financiero. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito al solar.*

La formalización en documento público del derecho de superficie y la cesión del solar en régimen de arrendamiento financiero, podrá llevarse a cabo en el mismo documento o en dos diferentes.

e) *Finca rústica propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión de un derecho de vuelo al arrendatario financiero sobre el terreno cedido en este régimen.*

Tanto la concesión del derecho de vuelo como la del terreno en régimen de arrendamiento financiero podrá efectuarse, como en el caso anterior, en un documento, o en dos diferentes.

f) *Finca rústica o urbana que no pertenezca en propiedad a la Sociedad de Leasing y en condiciones objetivas tales, que permitan su utilización inmediata por el futuro usuario de un contrato de arrendamiento financiero de acuerdo con los fines previstos en éste.*

Consideramos que lo idóneo es formalizar la adquisición del inmueble por la Sociedad de *Leasing* y su posterior cesión en régimen de arrendamiento financiero, en el mismo documento. Este, por tanto, podría tener hasta tres partes intervinientes: El propietario del inmueble (transmitente), la Sociedad de *Leasing* (adquirente), y el futuro arrendatario del inmueble.

La suscripción de un contrato de arrendamiento financiero relativo a un inmueble propiedad todavía de un tercero, une a la polémica doctrinal sobre su validez como tal contrato (se entiende que en estos casos se trata más bien de un precontrato de arrendamiento financiero), la indudable carencia de efectos reales.

g) *Finca urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing y cuya situación (edificación en proyecto o en construcción) no permite su utilización inmediata para los fines previstos en un contrato de arrendamiento financiero.*

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado f), será conveniente formalizar en el mismo documento: La adquisición de la finca por la Sociedad de *Leasing*; la declaración de obra nueva en proyecto o en construcción si cuenta con el visado urbanístico y licencia municipal, y el contrato de arrendamiento financiero sobre el conjunto (suelo y edificación prevista).

h) *Finca rústica no perteneciente a la Sociedad de Leasing, y cuyas condiciones objetivas no permiten la utilización inmediata por el pretendido usuario en régimen de arrendamiento financiero sin que se lleven a cabo, previamente, por la Sociedad de Leasing, las correspondientes labores agrícolas de plantación o siembra.*

La Sociedad de *Leasing* efectuará, primeramente, la adquisición del terreno en documento público. Cuando se hayan realizado las labores precisas para ser cedido el predio en régimen de arrendamiento financiero de manera que pueda utilizarse de acuerdo con la finalidad prevista por el usuario, se procederá a formalizar el contrato de arrendamiento financiero sobre el conjunto predial.

i) *Finca rústica o urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing. Concesión por la Sociedad de Leasing al futuro arrendatario financiero de un derecho de vuelo o superficie, respectivamente, completado con la cesión del terreno en régimen de Leasing.*

Podrán formalizarse en un mismo documento: La adquisición, primero, del terreno por la Sociedad de *Leasing*; la constitución, luego, de los derechos reales de vuelo o superficie, y la cesión del suelo en régimen de arrendamiento financiero. Es evidente que también puede optarse por formalizar en el mismo documento: La adquisición del terreno y su cesión en régimen de *Leasing*, otorgando la concesión de los derechos reales de vuelo o superficie, en documento público diferente.

3. FORMA Y CONTENIDO DE LAS INSCRIPCIONES

El reflejo registral de los actos y contratos referidos en el apartado precedente se efectuará, por regla general, mediante un asiento principal, esto es, mediante inscripción. Quedan exceptuadas de esta regla, las operaciones para hacer constar la terminación de la obra (cuando se lleve a cabo sin modificaciones en el proyecto de ejecución aprobado) y aquellas que, conforme al artículo 23 de la Ley Hipotecaria, se practiquen para indicar la consumación de la adquisición del derecho arrendaticio y la plena eficacia del contrato o de alguna de sus prestaciones. En estos casos, bastará nota al margen de la inscripción correspondiente. El orden de los asientos, siguiendo al anterior esquema, sería el siguiente:

a) *Finca rústica o urbana propiedad de la Sociedad de Leasing, y cuyas circunstancias objetivas permiten una utilización inmediata por el futuro usuario para la realización de los fines que se prevean en el contrato.*

1.^a Inscripción de dominio a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Inscripción del contrato de arrendamiento financiero sobre el inmueble en cuestión.

b) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing con edificación por cuenta de ésta. Contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto resultante: suelo y edificación.*

1.^a Inscripción de dominio a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Inscripción a favor de la Sociedad de *Leasing* de su título de declaración de obra nueva en proyecto o en construcción. (Cuando el proyecto de ejecución cuente con el visado urbanístico y la licencia municipal.)

3.^a Inscripción de la cesión en régimen de arrendamiento financiero del conjunto de inmueble, esto es, suelo más edificación.

c) *Solar propiedad del arrendatario financiero. Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de Leasing. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito a la denominada propiedad superficiaria.*

1.^a Inscripción del dominio sobre el solar a favor del arrendatario financiero.

2.^a Concesión de un derecho de superficie a la Sociedad de *Leasing* para que edifique sobre el solar.

3.^a Inscripción a favor de la Sociedad de *Leasing* de su título de obra nueva en proyecto; construcción (cuando en ambos casos el proyecto de ejecución cuente con el visado urbanístico y licencia municipal) o terminada, de manera que se refleje registralmente, el contenido de la propiedad superficiaria.

4.^a Inscripción de la cesión de la propiedad superficiaria en régimen de arrendamiento financiero al dueño del suelo.

d) *Solar propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión por ésta de un derecho de superficie al futuro arrendatario financiero. Contrato de arrendamiento financiero circunscrito al solar.*

1.^a Inscripción de la propiedad del solar, a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Constitución de un derecho de superficie sobre el solar, a favor del futuro arrendatario financiero.

3.^a Inscripción a favor del arrendatario financiero del contrato de cesión en este régimen, referido al suelo propiedad de la Sociedad de *Leasing*.

4.^a Inscripción a favor del superficiario (futuro o actual arrendatario financiero del suelo) de su título de declaración de obra nueva en que se concrete la denominada propiedad superficiaria.

e) *Finca rústica propiedad de la Sociedad de Leasing. Concesión de un derecho de vuelo al arrendatario financiero sobre el terreno cedido en este régimen.*

1.^a Inscripción de la propiedad del terreno a nombre de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Constitución de un derecho de vuelo sobre el precitado terreno, a favor del futuro usuario del mismo.

3.^a Inscripción a favor del arrendatario financiero (titular del derecho de vuelo) del terreno cedido en régimen de arrendamiento financiero.

f) *Finca rústica o urbana que no pertenece en propiedad a la Sociedad de Leasing, y en condiciones objetivas tales, que permiten su utilización inmediata por el futuro usuario de un contrato de arrendamiento financiero de acuerdo con los fines previstos en éste.*

1.^a Inscripción de la transmisión a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Inscripción de la cesión del inmueble en régimen de arrendamiento financiero.

g) *Finca urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing, y cuya situación (edificación en proyecto o en construcción) no permite su utilización inmediata para los fines previstos en un contrato de arrendamiento financiero.*

1.^a Inscripción de la transmisión a favor de la Sociedad de *Leasing* del terreno en la situación en que se encuentre.

2.^a Inscripción a favor de la Sociedad de *Leasing* de su título de obra nueva en proyecto; en construcción (cuando en ambos casos el proyecto de ejecución cuente con el visado urbanístico y correspondiente licencia municipal) o terminada.

3.^a Inscripción del contrato de arrendamiento financiero referido al inmueble en su conjunto.

h) *Finca rústica no perteneciente a la Sociedad de Leasing, y cuyas condiciones objetivas no permiten la utilización inmediata por el pretendido usuario en régimen de arrendamiento financiero sin que se lleven a cabo, previamente, por la Sociedad de Leasing, las correspondientes labores agrícolas de plantación o siembra.*

1.^a Inscripción del terreno a favor de la Sociedad de *Leasing*, en la situación en que se encuentre.

2.^a Inscripción a favor del usuario del contrato de arrendamiento financiero referido al conjunto predial, una vez que se hayan llevado a cabo en el mismo las labores agrícolas necesarias.

i) *Finca rústica o urbana no perteneciente a la Sociedad de Leasing. Concesión por esta Sociedad al futuro arrendatario financiero de un derecho de vuelo o de superficie, respectivamente, completado con la cesión del terreno en régimen de Leasing.*

1.^a Inscripción de la transmisión del terreno a favor de la Sociedad de *Leasing*.

2.^a Constitución sobre el mismo, de un derecho real de vuelo o de superficie a favor del actual o futuro arrendatario financiero del terreno.

3.^a Inscripción de la cesión del terreno en régimen de arrendamiento financiero a favor del usuario.

* * *

Las inscripciones contendrán las circunstancias propias de cada uno de los actos o contratos que las motivan, además de las generales establecidas por la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

En particular, en la inscripción de los derechos de superficie y de vuelo, se estará a lo dispuesto en los artículos 16 y 30.3, respectivamente, del Reglamento Hipotecario.

Por lo que se refiere a la inscripción del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, se tendrá en cuenta lo señalado en el artículo 51.6.^a del expresado Reglamento, según el cual: *Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o límite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carecen de trascendencia real.*

Creemos que se impone una interpretación actualizada de dicho precepto, acorde con la naturaleza y efectos de la nueva figura estudiada, lo que conduce a aceptar la constancia registral, no sólo de las condiciones o circunstancias que limiten en sentido jurídico las facultades del arrendatario financiero, sino también las condiciones *de facto* de utilización del inmueble entendida ésta en sentido amplio, y de manera similar a lo establecido en el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960.

Por consiguiente, en la inscripción del arrendamiento financiero de inmuebles se indicarán:

1.º Las circunstancias generales exigidas por la legislación hipotecaria.

2.º Las específicas que resulten de este tipo de contratos: Precio del arriendo; importe de los cánones y forma y plazo de entrega de los mismos; resolución del contrato por falta de pago.

3.º Condiciones generales de utilización del inmueble: Destino; plazo de entrega; responsabilidad en los casos de evicción y vicios ocultos, deterioro o pérdida parcial o total por caso fortuito y fuerza mayor; seguros; subrogación de acciones; cesión del derecho del arrendatario.

Asimismo se harán constar, según el criterio antes expuesto, las cláu-

sulas relativas a las posibilidades de utilización de hecho del inmueble: Obras, reparaciones, mejoras, etc.

4.º Condiciones generales de la opción de compra: Plazo; requisitos; precio (valor residual), y forma para hacer constar su ejercicio o la cancelación de la misma.

Por impedirlo el artículo 98 de la Ley Hipotecaria y el artículo 9 de su Reglamento, no se incluirán las obligaciones y derechos personales (pago de tasas, impuestos o arbitrios; cláusula compromisoria a arbitraje de equidad, etc.), excepto aquéllos que se aseguren con garantía real. (Por ejemplo, con condición resolutoria.)

4. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE INMUEBLES

La dinámica de los derechos y la seguridad del tráfico exigen que los adquirentes de los derechos sean protegidos por el hecho de llevar a cabo una adquisición aparentemente eficaz o, por lo menos, que se dote a los adquirentes de medios para saber con exactitud si están realizando una adquisición eficaz.

En materia de derechos reales, la apariencia se encuentra muy ligada a los medios de publicidad. Esta puede revestir en el área de dichos derechos dos formas fundamentales:

1.ª La vinculada a un signo exterior de reconocibilidad como es la POSESION, y 2.ª la creada por la inscripción en los registros públicos: REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

La finalidad del Registro de la Propiedad es la de ofrecer la publicidad oficial de la situación jurídica de los inmuebles o, como dice DÍEZ PICAZO, dar a conocer toda la peculiar estructura de cada uno de los poderes jurídicos que existen sobre el inmueble: Titular; contenido del derecho; limitaciones; condiciones, etc.

Pues bien, la inscripción en el Registro de la Propiedad de un *contrato de arrendamiento financiero de inmuebles*, en cuanto generador de un derecho real limitado y limitativo del dominio, atribuye a aquélla, de acuerdo con los postulados reconocidos por la doctrina mayoritaria a la luz de los preceptos legales vigentes, una doble eficacia: Defensiva y ofensiva. La primera, juega en favor del titular inscrito otorgándole una especial protección. La segunda, opera en beneficio de los denominados terceros. Ambas evidentemente modalizadas por la que resulta del *principio de prioridad*.

En el primero de los aspectos, la inscripción registral goza de la *pre-*

sunción de exactitud y concede al arrendatario financiero la llamada *legitimación registral*.

Así, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo 1.º, establece: *A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.* El artículo citado establece una presunción *iuris tantum*, que produce la inversión de la carga de la prueba y que permite la prueba en contrario. Aunque frente a la presunción indicada son admisibles todos los medios de prueba, hay que tener en cuenta que conforme al párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, *los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.*

De esta manera, para destruir la presunción de exactitud, el posible impugnante del derecho inscrito, no sólo ha de soportar la carga de la prueba, sino también la del ejercicio de la correspondiente acción de rectificación ante los Tribunales de Justicia.

Por consiguiente, para que prospere la acción de impugnación contra el contenido de un asiento practicado en los Libros del Registro, deberá probarse alguno de estos extremos: *a)* la nulidad, falsedad o el error del asiento en sí mismo considerado. *b)* La nulidad, falsedad o defecto del título que ha provocado el asiento. *c)* La falta de concordancia del asiento con el título. *d)* La existencia de títulos posteriores, que, aunque no estén inscritos, modifiquen las declaraciones registrales. *e)* La extinción del derecho inscrito.

El alcance de la presunción establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero, se extiende, pues, a la existencia del derecho; a su titularidad y a la amplitud de su contenido. A su vez, la *presunción posesoria* que aparece en el segundo inciso del referido párrafo, atribuye al arrendatario financiero, como titular de un derecho real inscrito, una verdadera protección posesoria que opera, como señala Díez PICAZO (33) en los siguientes campos:

a) Como *possessio ad interdicta*. El titular registral se encuentra protegido mediante la defensa o tutela interdictal, pudiendo ejercitar los interdictos sin más que acreditar su condición de titular registral.

b) Como *possessio ad usucapionem*. La posesión que el Registro presume en una posesión hábil para la usucapión y el titular registral

(33) LUIS Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, páginas 360 y ss.

puede consumir la prescripción si dicha posesión continúa durante los plazos establecidos por la Ley (art. 35 de la Ley Hipotecaria).

c) Como *situación de legitimación* en virtud de la apariencia jurídica, esto es, en cuanto atribuye todos los efectos legitimadores de la posesión.

Particularmente importantes son las consecuencias que se derivan del principio de legitimación registral en el campo procesal. Además de aquellas no previstas expresamente por la legislación hipotecaria, aparecen otras reguladas específicamente por ésta.

1.^a El sobreseimiento de los procedimientos de apremio opuestos a titularidades registradas o tercera registral (art. 38.3 de la Ley Hipotecaria).

2.^a La conexión con el Registro de los procedimientos para el ejercicio de acciones contradictorias de derechos inscritos que hayan de desembocar en la cancelación de asientos (art. 38.2 de la misma Ley).

3.^a Las que resultan en los procedimientos de ejecución hipotecaria (artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y 234, 235 y 236 de su Reglamento).

4.^a El procedimiento especial para el ejercicio de las acciones reales derivadas de derechos inscritos (art. 41 de la Ley Hipotecaria y 137 y 138 de su Reglamento).

El segundo de los aspectos antes mencionados —eficacia ofensiva—, juega en beneficio de los denominados terceros. (El arrendatario financiero sería parte respecto de la Sociedad de *Leasing*, y tercero en cuanto al transmitente a ésta de la finca o transmitentes anteriores.)

En realidad, la protección de terceros funciona a través de dos líneas fundamentales: Una, que se define como la de la *inoponibilidad* de lo no inscrito frente a los terceros. Otra, la que constituye en sentido estricto la regla o principio de la *fe pública registral*, conforme a la cual, el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiando y amparándose en lo que el Registro publica, ve convertida para él la situación registral en una situación inatacable.

La traslación de estas consecuencias al campo objeto de este estudio: El contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble, significa que el usuario del mismo, titular como hemos afirmado de un derecho real sobre cosa ajena, cuando reúna las circunstancias previstas en la Ley, gozará de esa doble eficacia: *Negativa* o de inoponibilidad de lo no inscrito, *positiva* o de plena protección que le otorga la fe pública registral, por razón de su asiento en los Libros del Registro.

La eficacia negativa, esto es, la inoponibilidad, supone la imposibilidad de fundar en un título no inscrito una pretensión dirigida contra

un tercero (en nuestro caso, el arrendatario financiero). A ella se refiere el artículo 32 de la Ley Hipotecaria cuando dice: *Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.*

Por lo que atañe a la eficacia positiva, es decir, la regla estricta de lo que puede llamarse fe pública registral, su sentido queda expuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que establece lo siguiente: *El tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.*

El centro de gravedad del artículo 34 que establece los requisitos para ser considerado beneficiario de la fe pública registral, consiste en hacer inatacable la adquisición llevada a cabo por esos terceros que han celebrado un negocio jurídico adquisitivo de carácter oneroso (contrato de *Leasing* inmobiliario, por ejemplo) confiando en la veracidad del Registro, los cuales son protegidos convirtiendo para ellos su expectativa en una situación jurídica absolutamente firme, y transformando para ellos la presunción de exactitud registral en una presunción *iuris et de iure*.

En conclusión, y sin perjuicio de aplicar a las Sociedades de *Leasing* los mismos principios hipotecarios en cuanto titulares dominicales de fincas inscritas, por lo que se refiere al arrendatario financiero, su condición de tercero derivará: 1.º De ser adquirente de un derecho real limitativo del dominio. 2.º De su buena fe sobre la titularidad y el poder de disposición del transmitente. (En este caso, de la Sociedad de *Leasing*.) Dicha buena fe, ha de concurrir, según el parecer mayoritario de la doctrina, en el momento en que perfecciona su adquisición, de acuerdo con las reglas del Derecho Civil sustantivo relativas a la adquisición y transmisión de los derechos reales. 3.º Del carácter oneroso que presenta el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles. 4.º De la constancia en el Registro de los poderes y facultades del transmitente (Sociedad de *Leasing*). 5.º De la inscripción en el Registro de la Propiedad de su propia adquisición. El efecto jurídico que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece, consiste, por consiguiente, en hacer inatacable la adquisición llevada a cabo por los que tienen la consideración de terceros. La situación de protección del adquirente que del texto citado resulta, excepciona o enerva las acciones reivindicatorias, confesorias o cualquiera otra acción real en los términos que señala el artículo 37 del mismo cuerpo legal:

Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:

1.º *Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.*

.....

4.º *Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de los acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:*

a) *Cuando hubiere adquirido, a título gratuito.*

b) *Cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.*

En ambos casos, no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta. En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan.

5. PROBLEMÁTICA DOCUMENTAL Y REGISTRAL RELATIVA A LA OPCIÓN DE COMPRA

Limitada la regulación hipotecaria de la opción de compra al artículo 14 del Reglamento hipotecario, el cual no señala la forma en que debe o puede acreditarse ante el Registro de la Propiedad el ejercicio de la citada opción, la renuncia del optante a ejercitarla, y la constancia registral en ambos supuestos, el problema se complica aún más en el contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, en que la opción no constituye por sí sola un negocio jurídico independiente, ni un derecho real inscribible *per se*.

En efecto, el artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y, particularmente, el Real Decreto de 31 de julio de 1980 en su artículo 2, establecen como necesaria, la inclusión de *una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento*.

La expresada opción de compra, por disposición legal, forma parte de un negocio jurídico único inescindible: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, del cual resulta un derecho real nuevo y de reciente cuño legal, inscribible *per se* al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento.

El planteamiento precedente, creemos que es fundamental tenerlo presente a la hora de examinar la constancia documental y registral del ejercicio por el optante del derecho de adquisición preferente que le atribuye la ley como arrendatario financiero de un inmueble, así como la posible cancelación del mismo. La afirmación precedente, sin embargo, no debe entenderse como obstáculo a la aplicación de algunos de los criterios jurisprudenciales más recientes referidos a la opción, como contrato o como derecho real.

En aras de una mayor claridad expositiva, distinguiremos los supuestos siguientes:

A) *Ejercicio por el arrendatario financiero de la opción de compra del inmueble*

En los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles suele pactarse que, si el arrendatario decidiese ejercitar la opción de compra al término del arrendamiento, lo efectúe mediante acta notarial que será notificada a la Sociedad de *Leasing* con un plazo de antelación antes de que finalice dicho contrato.

La parte arrendadora contestará también por conducto notarial a la optante, sobre la procedencia o improcedencia de la opción anunciada y, en el primer caso, le hará saber, con un plazo también de antelación, el día en que deberá comparecer ante el Notario elegido para otorgar la correspondiente escritura de compraventa.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, abordó la cuestión de si, pactada en la concesión de un derecho de opción de compra, que la escritura pública de ejercicio de la opción pudiera otorgarse unilateralmente por el optante, es decir, con su sola intervención, dicho pacto era válido y, por tanto, podía tener acceso al Registro.

El Órgano citado entendió que: *Si al perfeccionarse el contrato de opción quedaba ya prestada suficientemente la declaración negocial para que se produjera el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no fuera necesario una nueva declaración para que el iter negocial desembocara en el resultado final; es decir, cuando el dueño lo haya consentido al pactarse la opción, y hayan quedado precisados los términos de su ejercicio, no hay obstáculos para*

admitir su validez. En este caso, la escritura en la que se constituyó el derecho de opción (otorgada, como es obvio, por ambas partes) y la escritura unilateralmente otorgada por el optante, tienen ambas el valor traditorio suficiente para investir de dominio al adquirente.

No obstante, continúa diciendo la Resolución expresada, *dado que el optante para un válido ejercicio de la opción, y como consecuencia del entramado de recíprocas relaciones derivadas de aquélla, ha de haber cumplido las obligaciones que le atañen, es preciso que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar la opción y consumir la prevista adquisición acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito o, al menos, requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la contraprestación convenida a su cargo.*

La importancia de la doctrina establecida por el Centro Directivo en la Resolución citada, y su posible traslado al contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, nos parece fuera de toda duda. Así, *cuando en el Contrato de Leasing inmobiliario, aparezcan perfectamente configurados los términos y condiciones para el ejercicio de la opción, y la Sociedad de Leasing prestara en aquél su consentimiento por anticipado*, la escritura pública en la que se documente el contrato de financiación, unida a la que sirva para formalizar unilateralmente por el arrendatario el ejercicio de su derecho, tendrán los efectos traditorios para consumir la adquisición del dominio a favor del optante (usuario) y practicar el correspondiente asiento en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, el criterio de la Dirección de exigir la previa constitución de un depósito, cuya existencia deberá justificarse ante Notario, o de requerir a éste para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la contraprestación convenida en el contrato de arrendamiento financiero, es del todo plausible y aplicable asimismo al supuesto de nuestro estudio.

La constancia registral de la adquisición del dominio por el arrendatario financiero, cuando ésta se efectuare mediante el otorgamiento de escritura pública a la que concurriese también la Sociedad arrendadora, se llevará a cabo mediante la práctica de un asiento principal, esto es, mediante *inscripción*.

En cambio, en el caso arriba citado, la presentación en el Registro del contrato de arrendamiento financiero, unido a la escritura unilateralmente otorgada por el usuario-optante en la que se justificare el depósito a que se ha hecho referencia, permitirá, a nuestro juicio, por aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, hacer constar la consumación del derecho a favor del arrendatario, mediante una *nota marginal*.

Este es el criterio que parece inferirse de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de septiembre de 1982,

la cual, aunque para el supuesto planteado entiende no aplicable el repetido artículo 23 invocado por el recurrente, sin embargo, viene a admitir su aplicación, cuando en la escritura de constitución de la opción se hubiese previsto que *la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición.*

B) *Renuncia del optante a ejercitar la opción al término del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles*

La práctica establece la regla, que consideramos válida, de hacer constar mediante acta notarial, la entrega y devolución posesoria del inmueble en cuestión.

No obstante, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria y párrafo segundo del artículo 174 de su Reglamento, *será necesaria nueva escritura para cancelar un derecho inscrito (en este caso, el derivado del contrato de arrendamiento financiero) que se haya extinguido por voluntad de los interesados*, creemos que en la misma escritura deberán hacerse constar, además de los particulares pertinentes relativos al contrato-base, la entrega y devolución posesoria arriba señalada. La expresada escritura será título suficiente para practicar el oportuno asiento principal de cancelación del derecho de arrendamiento con opción de compra. Asimismo, al margen de la constitución de este derecho, se hará constar la nota de referencia a la de cancelación del mismo.

C) *Cancelación de la opción de compra en el Registro de forma unilateral por la Sociedad de Leasing, mediante la simple justificación de impago de uno de los cánones previstos en el contrato. Problemas que plantea esta cláusula*

Evidentemente, la cláusula citada en los términos que se transcriben, no puede considerarse válida en el marco del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, en el que la opción forma parte, como hemos visto, de un negocio jurídico único e inescindible. Por consiguiente, tan sólo podrá plantearse la resolución del contrato de *Leasing* inmobiliario en su totalidad (no la de una de sus partes) por incumplimiento por el usuario de cualquiera de las obligaciones previstas en aquél y, concretamente, del pago de cualquiera de los cánones pactados.

Sin reproducir aquí nuestro criterio anteriormente expuesto sobre la admisibilidad de una cláusula de las características expresadas (aparta-

do III, 2, D, de este estudio), nos limitaremos en este punto a tratar la forma de hacer constar dicha resolución, y en particular, a si procede o no la denominada cancelación automática a instancia de la sociedad arrendadora.

La falta de una doctrina y jurisprudencia que recoja una situación como la planteada, referida al contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, nos induce a apoyar nuestro criterio en la, sin embargo, abundante jurisprudencia que existe sobre las *ventas sujetas a condición resolutoria*, y muy especialmente, en la de 29 de diciembre de 1982, de la que extractamos sus considerandos más relevantes.

Parte la expresada Resolución del reconocimiento de que la llamada *cancelación automática* del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, supone un procedimiento que debe ser examinado, en su aplicación, con todo tipo de cautelas dado el rigor con que se produce y los efectos cancelatorios que se derivan para el titular registral del asiento.

El pacto en cuestión, consiste en establecer en una escritura de compraventa que la falta de pago de una letra concede al vendedor la facultad de declarar resuelto el contrato pudiendo efectuarse la reinscripción a favor del transmitente con la constancia de la notificación judicial o notarial hecha al comprador de quedar resuelta la venta.

Pues bien, el Centro Directivo, además de otras consideraciones que no son del caso, entiende que, ante lo establecido en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, para que pueda procederse a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, el Registrador habrá de tener en cuenta, no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades del citado artículo 59, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario, del valor del bien vendido o el importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto.

Considera que es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del artículo 1.124 del Código Civil, o de la Resolución prevista en el artículo 1.504 del mismo Cuerpo legal, es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como una voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador. En consecuencia, solamente cuando el comprador requerido no se opone a la resolución y se haya procedido además, en su caso, a la consignación decretada en el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la cancelación del asiento a favor del comprador y reinscribirse el inmueble a nombre del vendedor.

Por último, la Resolución citada señala que al igual que sucede en

materia de hipoteca cambiaria como pusieron de relieve entre otras las Resoluciones de 23 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978, en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente y tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra dé lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor.

Las conclusiones que se derivan de lo expuesto, trasladadas al caso objeto de este estudio, son las siguientes:

1.^a Para que una cláusula como la analizada pueda surtir efectos en un contrato de arrendamiento financiero de inmueble, es indispensable, en primer lugar, que se haya pactado expresamente en aquél, de manera que el arrendatario preste su consentimiento por anticipado a que la resolución y posterior constancia registral de la misma pueda efectuarse en la forma indicada.

2.^a En el Registro habrá que presentar, para que en éste puedan llevarse a cabo las oportunas operaciones tabulares: El contrato de arrendamiento financiero (es decir la copia autorizada de la escritura expedida en su día a favor del arrendatario financiero, o si éste no la entregase, la que tuviere en su poder la Sociedad de *Leasing*; y el documento notarial o judicial en que se haga constar la notificación al arrendatario de quedar resuelto el contrato sin que éste se haya opuesto a la resolución. Es evidente que la entrega por el arrendatario de la escritura autorizada del contrato de arrendamiento financiero expedida a su favor puede considerarse como aceptación tácita de la resolución pretendida.

3.^a Para dar cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 175.6.^a del Reglamento Hipotecario, cuando haya lugar, según el contrato de arrendamiento financiero, a la devolución de cantidades por la Sociedad de *Leasing* llegado el caso de resolución de aquél, será preciso que se acredite por la Sociedad arrendadora su depósito o consignación en un establecimiento bancario o Caja oficial, a disposición del usuario o de los titulares de derechos de realización de valor inscritos con posterioridad al arrendamiento financiero.

4.^a Conforme a la reiterada jurisprudencia sobre la hipoteca cambiaria, entendemos también necesario cuando en el contrato que nos ocupa el pago de los cánones se haya documentado en letras, que conste que la Sociedad arrendadora ha puesto a disposición del arrendatario todas las letras no vencidas. Este requisito no será necesario en el supuesto

(controvertido en base al artículo 488 del Código de Comercio) de que se hubiere pactado el vencimiento anticipado de todas las cambiales todavía no vencidas y su pago (en concepto de cláusula penal) por el usuario del inmueble.

5.^a La resolución del contrato de arrendamiento financiero sobre el inmueble y la cancelación del derecho inscrito dimanante de este contrato, se hará constar mediante el correspondiente asiento principal, sin perjuicio de extender la oportuna nota de referencia a la cancelación efectuada, al margen de la inscripción donde se constituyó tal derecho.

V. CONCLUSIONES

Primera: El arrendamiento financiero de inmuebles constituye una figura nueva en el plano económico, jurídico y social. Su incipiente y embrionario tratamiento desde el punto de vista legislativo, debe servir de estímulo para buscar y encontrar soluciones a la extensa problemática que aquél plantea, sin acudir a construcciones artificiosas o a moldes jurídicos concebidos para cumplir otros objetivos sociales.

Segunda: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles es, a nuestro juicio, un contrato mixto en el que se funden dos formas contractuales de contenido atípico: El arrendamiento y la opción de compra, dando lugar a una nueva figura, con causa única y sometida a un régimen jurídico diferenciado del de aquéllas.

Tercera: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles es, asimismo, un típico acto de empresa en su acepción doctrinal. Las empresas dedicadas al arrendamiento financiero cumplen una función mediadora que, en cuanto acto de comercio, se inserta en el marco de los contratos mercantiles.

Cuarta: El arrendamiento financiero de inmuebles se encuentra sujeto a un régimen jurídico establecido para organizar adecuadamente las relaciones de tipo socio-económico que del mismo se derivan. Dicho régimen presenta un carácter distinto al eminentemente social que reviste el conjunto normativo constituido por la Ley de Arrendamientos Rústicos y Urbanos de cuyo ámbito regulador debe entenderse excluida la figura objeto de nuestro estudio. Las normas de la legislación expresada sólo podrán ser invocados como derecho supletorio, en cuanto no se opongan a la naturaleza especial del Contrato de *Leasing* inmobiliario.

Quinta: Para determinar el carácter rústico o urbano de los inmuebles objeto de arrendamiento financiero, se recomienda acudir a los

criterios dimanantes de la legislación urbanística, así como de las disposiciones que, de acuerdo con ésta, y teniendo en cuenta las reglas sobre clasificación y calificación del suelo establecen un régimen jurídico en consonancia con su naturaleza.

Sexta: Pueden ser objeto de arrendamiento financiero, los edificios en proyecto o en construcción, siempre que las partes desde el momento mismo del contrato, y mediante un compromiso suscrito como expresión de su voluntad negocial, se obliguen a destinar el inmueble al uso estipulado, realizando para ello las actividades necesarias hasta la total consecución de tal fin.

Séptima: Los edificios en proyecto o en construcción podrán acceder al Registro de la Propiedad, y servir de soporte al derecho establecido sobre los mismos a favor del arrendatario financiero, siempre y cuando cuenten con un proyecto de ejecución que haya recibido de manera positiva el visado urbanístico y la licencia municipal correspondientes. La propiedad superficiaria, una vez que el proyecto en que aquélla se concrete reúna los requisitos citados, podrá también ser objeto de arrendamiento financiero.

Octava: Las cláusulas de exoneración de responsabilidad establecidas en las CONDICIONES GENERALES de los contratos de arrendamiento financiero son admisibles, en principio, si se prevé en ellas, la excepción para el caso de dolo, y no se vulnera el principio de conmutatividad como manifestación del de orden público económico.

Ahora bien, mientras en el supuesto de dolo una exoneración generalizada acarrearía la nulidad de la cláusula, en el segundo supuesto, ante la falta de una jurisprudencia reiterada en tal sentido, se recomienda prever los mecanismos correctores precisos para lograr el adecuado equilibrio de las prestaciones, evitando enriquecimientos patrimoniales injustificados, y por ende, calificaciones denegatorias.

Creemos también aconsejable una configuración moderada de las denominadas cláusulas penales a la vista de lo señalado en el artículo 1.154 del Código Civil y concordantes sobre la materia.

Novena: La cesión del arrendamiento financiero de inmuebles entendida como contrato plurilateral que se conforma a través del encuentro de tres declaraciones de voluntad: La de la Sociedad de *Leasing*, la del arrendatario financiero y la del cesionario, debe admitirse, siempre y cuando se produzca la subrogación íntegra del adquirente en los mismos derechos y obligaciones que tuviera el arrendatario cedente.

Décima: Consideramos que la denominada *tácita reconducción*, ya se entienda como prórroga del primitivo contrato de arrendamiento, o como uno nuevo pactado de modo presunto, es incompatible con la naturaleza del contrato de *Leasing*, su función económico-jurídica y el sistema de organización de intereses pactado en el Contrato.

Undécima: El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles regulado en el Real Decreto de 31 de julio de 1980, origina un nuevo derecho de naturaleza jurídica real, inscribible *per se* al amparo de los artículos 1 y 2, apartado segundo, de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento y cuya inscripción gozará de los mismos efectos atribuidos con carácter general a este tipo de derechos por nuestra legislación hipotecaria (prioridad, legitimación y fe pública registral).

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY

Registrador de la Propiedad