

# Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales\*

## *Leasing: contractual, registry and bankruptcy aspects*

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

Profesora agregada de Derecho mercantil de la Universitat Oberta de Catalunya

**RESUMEN:** El artículo analiza las características del contrato de arrendamiento financiero y el papel que juega la inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles, tanto del contrato mismo, como de determinadas cláusulas, como la de opción de compra, que pueden constar en él. A partir de ahí, analiza el tratamiento concursal que le otorga el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Se recogen sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de importancia en la materia.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the characteristics of the financial lease contract and the role of the registration in the Property Registry and the Movable Property Registry, both of the contract itself and of certain clauses*

---

\* Blanca TORRUBIA CHALMETA. Profesora agregada de Derecho mercantil de la Universitat Oberta de Catalunya. Con mi afectuoso recuerdo al profesor D. José María DE LA CUESTA RUTE.

*that may be in it such as the purchase option. From there, it analyzes the bankruptcy treatment granted by the Spanish Royal Legislative Decree 1/2020 of May 5, which approves the revised text of the Bankruptcy Law. It also collects important judgments of the Supreme Court and resolutions of the General Directorate of Legal Security and Public Faith.*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento financiero. *Leasing*. Opción de compra. Arrendador financiero. Arrendatario financiero. Concurso del usuario. Acciones de recuperación. Acción de resolución. Acreedor con privilegio especial.

**KEY WORDS:** *Financial leasing. Purchase option. Financial lessor. Financial lessee. User bankruptcy. Recovery actions. Resolution action. Creditor with special privilege.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BENEFICIO FISCAL DEL *LEASING*.—III. DEFINICIÓN.—IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO Y DEL DERECHO RESULTANTE: 1. CONTRATO DE FINANCIACIÓN, ATÍPICO, PERO NO COMPLEJO. 2. CONTRATO BILATERAL Y ONEROso. 3. EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO ES UN DERECHO REAL EMBARGABLE E HIPOTECABLE.—V. NORMATIVA APLICABLE.—VI. FORMA DEL CONTRATO Y FORMA PARA EL ACCESO AL REGISTRO.—VII. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES: 1. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE OPCIÓN DE COMPRA. 2. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA LIMITADORA DE LOS DERECHOS DEL USUARIO.—VIII. TRATAMIENTO CONCURSAL: 1. REGULACIÓN. 2. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y *SEPARATIO EX IURE DOMINI*. 3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: LA ACCIÓN DE RECUPERACIÓN DE LOS BIENES CEDIDOS EN ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL: *A) La acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento. B) Resolución del contrato de leasing*. 4. LAS CUOTAS DEL *LEASING* COMO CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de arrendamiento financiero o *leasing*—término este último que deriva del verbo inglés *to lease* (arrendar)— surgió en la industria de los Estados Unidos de la necesidad de contar con un instrumento de financia-

ción. No hay acuerdo en la doctrina acerca del momento y sector exactos: para unos aparece a finales del siglo XIX en el ámbito de la construcción de vías de ferrocarril<sup>1</sup>, para otros, en 1936 como consecuencia de una operación concertada por la cadena de California *Safeway Stores Inc.* y, para unos terceros en 1952 con la fundación por el norteamericano *Boothe* de la *United States Leasing Corporation*, cuyo objetivo era garantizar la devolución de los préstamos concedidos por las entidades financieras<sup>2</sup>. También hay quien sitúa su origen en los años 50, a raíz de un contrato de suministro a la Marina con adquisición de maquinaria especializada financiada por *US Leasing* con el apoyo del *Bank of America*<sup>3</sup>.

Tras la crisis económica que siguió a la Segunda Guerra Mundial el *leasing* experimenta una gran expansión y pasa a convertirse en el principal instrumento de financiación de bienes de equipo. El préstamo bancario y la venta sujeta a condición —con un desembolso inicial obligado del 15% o del 20% del valor del bien<sup>4</sup>, que eran los medios de financiación habituales, resultan difícilmente asumibles en tiempos de crisis. El *leasing* permitirá a las empresas, no solo contar con un medio menos gravoso para conseguir bienes de equipo, sino disfrutar del beneficio fiscal que se le otorgará. Además, podrán emplear estos bienes de forma coyuntural evitando así el riesgo de obsolescencia que presentan algunos de ellos y servirse de los que se necesitan por períodos cortos de tiempo con lo que su adquisición resulta poco rentable<sup>5</sup>.

En Europa el *leasing* aparece como fuente de financiación a principios de la década de los sesenta impulsado por Francia y Gran Bretaña<sup>6</sup> y, a la vista de su utilidad, comienza a celebrarse también sobre bienes inmuebles. El legislador francés en 1966 será el primero en considerar ambos tipos de *leasing*. En España no se contemplará el *leasing* inmobiliario hasta el año 1980 con el Real Decreto 1669/1980, de 31 de julio, por el que se extiende el ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero a ciertos arrendamientos de bienes inmuebles<sup>7</sup>. Esta norma, de carácter fiscal, justificará la inclusión de los inmuebles por las circunstancias que atravesaba el sector de la construcción, considerando que sería un incentivo que las empresas de arrendamiento financiero pudieran adquirir inmuebles para luego efectuar sobre ellos contratos de *leasing* y que los arrendatarios pudieran acceder a la propiedad de estos inmuebles en condiciones ventajosas al satisfacer, en el momento de ejercitarse la opción de compra, únicamente su valor residual<sup>8</sup>. Centrado en este propósito<sup>9</sup>, el Real Decreto 1669/1980, limitaba el *leasing* sobre inmuebles a aquellos «que fueran objeto de tráfico empresarial habitual», de modo que estos debían quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales durante toda la vigencia del contrato. Y aclaraba con rotundidad que «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». Ahora bien, el destino a vivienda resultará posible si la actividad empresarial del arrendatario financiero consistía en el arrendamiento de viviendas y, por tanto, el inmueble iba a destinarse a este fin<sup>10</sup>.

La crisis del petróleo de 1973, consecuencia de la decisión del bloque árabe de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de no exportar petróleo a los países occidentales que habían apoyado a Israel en la Guerra del Yom Kippur, impactó fuertemente en la economía de estos países. Así, se produjo una subida de los precios del petróleo y, con ello, el aumento de la inflación, la subida de desempleo y, en general, la bajada del crecimiento económico.

En el contexto actual, la guerra de Ucrania está intensificando la tendencia al alza de los precios de los carburantes iniciada a mediados de 2021, lo que tiene especial incidencia en los sectores de transporte de viajeros y mercancías, y en las industrias con procesos de producción intensivos en energía, como las de siderurgia, química, metalurgia no férrea, gases industriales, azulejos y baldosas, productos minerales no metálicos o papel. El refino de petróleo, el crudo de petróleo y el gas natural son las principales partidas importadas de Rusia por España (4815 millones de euros en 2021 —el 80% de las importaciones totales procedentes del mercado ruso—). En 2021 el 24% de las compras españolas en el exterior de refino de petróleo procedieron de Rusia y el 14% del gas natural —este procede principalmente de Argelia (29%) y Estados Unidos (27%)—. Rusia es el primer proveedor del mercado español de refino de petróleo y el tercero de gas natural<sup>11</sup>. Estos datos parecen evidenciar la conveniencia de fomentar nuevamente el arrendamiento financiero en tanto instrumento de impulso del sector de la construcción. La crisis económica agrava todavía más la dificultad para reunir el 20% del valor del inmueble requerido en el préstamo hipotecario, opción esta última que, además, resta liquidez y, por tanto, capacidad inversora al deudor hipotecario.

En el arrendamiento financiero el arrendador financiero cede al arrendatario financiero o usuario, por tiempo determinado, el uso de un bien —mueble o inmueble— que previamente ha comprado a un vendedor o fabricante siguiendo las indicaciones del usuario, a cambio del pago de cuotas periódicas y, por regla general, le otorga la facultad de opción de compra del bien a la finalización del contrato. En virtud de este contrato el usuario utiliza el bien satisfaciendo una renta periódica y amortiza el coste de la operación con el rendimiento que obtiene con dicha utilización. El arrendador financiero obtiene una ganancia por la diferencia entre el precio de adquisición del bien y el total de pagos periódicos realizados por el usuario, además es propietario del bien cedido a lo largo de todo el

contrato<sup>12</sup> —solo pierde esta condición si el usuario ejerce la opción de compra— y se exonera de la obligación de mantener al usuario en el goce pacífico de la cosa cediendo a este las acciones que le corresponden contra el vendedor<sup>13</sup>. El *leasing* beneficia también al vendedor que incrementa la posibilidad y/o el número de ventas y recibe el precio al contado.

El *leasing* ofrece, además, otras ventajas: permite financiar el importe íntegro del bien que se quiere adquirir; el IVA se abona fraccionadamente con las cuotas que paga el arrendatario, de modo que no ha de desembolsarlo todo de una vez (en inmuebles supone una cifra considerable<sup>14</sup>); se produce menor consumo en CIRBE<sup>15</sup>; permite realizar la amortización fiscal del activo de manera acelerada, esto es, más rápidamente que lo previsto en las Tablas Oficiales (art. 106 LIS); y, por último, es compatible con las líneas de financiación subvencionadas (como las del Instituto de Crédito Oficial (ICO), o el Banco Europeo de Inversiones (BEI)).

## II. EL BENEFICIO FISCAL DEL *LEASING*

Las sociedades y los autónomos que buscan financiar la adquisición de un bien inmueble (un local, una nave, una oficina) o de un bien mueble<sup>16</sup> (vehículo, bienes de equipo) para desarrollar su actividad disponen de dos mecanismos principales para lograr este objetivo: el préstamo (hipotecario si es un inmueble) y el *leasing*. En el primer caso el contrato de compraventa se celebrará entre el interesado y el vendedor, y en el segundo entre el arrendador financiero y el vendedor. El criterio para optar por uno u otro es, por regla general, su coste financiero, pero el régimen fiscal aplicable puede hacer variar la decisión. Así, los intereses que las entidades financieras aplican en el *leasing* son normalmente superiores a los del préstamo hipotecario y/o personal, pero la diferencia suele compensarse con los beneficios fiscales que se otorgan a aquél.

La fiscalidad del *leasing* se regula en el artículo 106 (Contratos de arrendamiento financiero) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades<sup>17</sup>. Este artículo, único del capítulo XII (Régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero), se ubica en el título VII (Regímenes tributarios especiales) de la Ley. Así, considera gastos fiscalmente deducibles:

- a) la carga financiera satisfecha a la entidad arrendadora, y
- b) la parte de las cuotas de arrendamiento financiero satisfechas correspondiente a la recuperación del coste del bien, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto terrenos, solares y otros activos no amortizables<sup>18</sup>. El importe de la cantidad deducible «no podrá ser supe-

rior al resultado de aplicar al coste del bien el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas que corresponda al citado bien. El exceso será deducible en los períodos impositivos sucesivos, respetando igual límite. Para el cálculo del citado límite se tendrá en cuenta el momento de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien. Tratándose de los sujetos pasivos a los que se refiere el capítulo XII del título VIII<sup>19</sup>, se tomará el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas multiplicado por 1,5»<sup>20</sup>.

Ahora bien, para aplicar este beneficio deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. el arrendador financiero ha de ser una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito,
2. la duración mínima del contrato debe ser de 2 años si tiene por objeto bienes muebles y de 10 años si recae sobre bienes inmuebles o establecimientos industriales<sup>21</sup>,
3. las cuotas de arrendamiento financiero han de aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponde a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por ella, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda,
4. el importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual<sup>22</sup>.

### III. DEFINICIÓN

El legislador español definió por primera vez el contrato de *leasing* en el artículo 19 del Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública. Este artículo establecía:

«A los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera que sea su denominación, consistan en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por Empresas constituidas en la forma prevista en el artículo veintidós<sup>23</sup> y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento».

Luego, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) derogó el Título Segundo del RDL 15/1977 («De las empresas de Arrendamiento Financiero», que incluía los arts. 19 a 26) y recogió en el número 1 de la disposición adicional séptima la definición de «operaciones de arrendamiento financiero». La LDIEC fue derogada por la actual Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (en adelante LOSSEC), cuya disposición adicional tercera («Operaciones de arrendamiento financiero») recoge en el número 1 igual definición que la que contenía aquella: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas<sup>24</sup>. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar asestados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario»<sup>25</sup>.

El número 2 de esta disposición adicional tercera señala: «Con carácter complementario, las entidades que realicen operaciones de arrendamiento financiero podrán realizar también las siguientes actividades: a) Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos, b) Conceder financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura, c) Intermediar y gestionar operaciones de arrendamiento financiero, d) Actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra, e) Asesorar y elaborar informes comerciales».

Como consecuencia de la aprobación de la LOSSEC, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial recogerá en el título II el nuevo régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, que pierden su condición de entidades de crédito<sup>26</sup>, pero continúan sujetos a la supervisión y regulación financieras<sup>27</sup>. Así, el artículo 6.1 de la Ley 5/2015 permite constituirse como establecimientos financieros de crédito a aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización del ministro de Economía y Competitividad (hoy de Asuntos Económicos y Transformación Digital), se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las siguientes actividades: [...] c) El arrendamiento financiero, con inclusión de las siguientes actividades complementarias: 1.<sup>a</sup> Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos. 2.<sup>a</sup> Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura. 3.<sup>a</sup> Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero. 4.<sup>a</sup> Actividades de arrendamiento no financiero que podrán complementar o no con una opción de compra. 5.<sup>a</sup> Asesoramiento e informes comerciales.

Por tanto, los contratos de arrendamiento financiero sujetos a la LOSSEC, esto es, aquellos en los que el arrendador financiero es una entidad de crédito<sup>28</sup>, deben incluir la opción de compra, a diferencia de aquellos sujetos a la Ley de fomento de la financiación empresarial, donde la inclusión de la cláusula de opción de compra en favor del arrendatario financiero es potestativa para el establecimiento financiero de crédito.

Con anterioridad a la LOSSEC y la Ley de fomento de la financiación empresarial, el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de diciembre de 2004 [*RJ* 2004, 8038] y de 11 de febrero de 2010 [*RJ* 2010, 531] se refirió a la definición del número 1 de la disposición adicional séptima de la LDIEC como «definición auténtica» del *leasing*. No obstante, en la sentencia de 2 de febrero de 2006 [*RJ* 2006, 494] lo definió siguiendo un criterio más descriptivo y basado en la práctica contractual: «El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero constituye una figura mediante la cual el arrendador financiero, siguiendo las indicaciones del arrendatario, adquiere de un tercero o proveedor determinados bienes dedicados a usos industriales, comerciales, o de servicios, y, manteniendo su propiedad, los pone a disposición de este para su uso con arreglo al ámbito de sus actividades productivas, empresariales o profesionales, a cambio del abono de determinadas prestaciones periódicas mientras dura el arrendamiento —en las que se distinguen las cuotas de amortización del bien y los intereses imputables a la carga financiera— concediendo una opción de compra en favor del arrendatario, que este puede ejercitar en el plazo estipulado o al término del contrato, por la cantidad fijada como valor residual del bien». Ambas definiciones, consecuentes con la anterior calificación de los establecimientos financieros de crédito como entidades de crédito por la LDIEC, consideran obligatoria la inclusión de la opción de compra en el contrato de *leasing*, consideración que queda desvirtuada con la actual normativa. Con posterioridad a las normas mencionadas, el Tribunal se ha referido a la definición de la LOSSEC como una de entre las posibles al señalar: «Una definición del contrato la encontramos, en la actualidad, en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito» (STS de 11 de junio de 2020 [*RJ* 2020, 2036]).

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO Y DEL DERECHO RESULTANTE

##### 1. CONTRATO DE FINANCIACIÓN, ATÍPICO, PERO NO COMPLEJO

La naturaleza jurídica del *leasing* ha sido tradicionalmente discutida en la doctrina. Se ha afirmado que cumple una función de compraventa (dado

que normalmente el usuario acaba ejercitando la opción de compra)<sup>29</sup>, o que se trata de un arrendamiento especial<sup>30</sup>. Durante mucho tiempo la jurisprudencia, si bien no de manera constante, entendió que el precio insignificante de la opción de compra era un factor decisivo para calificar el contrato de *leasing* como compraventa a plazos disimulada, con la consecuencia de que la entrega inicial de los bienes producía la transmisión de la propiedad a favor del usuario. No obstante, a partir de la STS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8273], el precio (muy reducido o insignificante) de la opción deja de ser por sí solo criterio suficiente para dejar de considerar un contrato como de arrendamiento financiero<sup>31</sup>.

En la actualidad la opinión generalizada en la doctrina considera el *leasing* un contrato específico de financiación<sup>32</sup> (de crédito, en sentido amplio) por cuanto que el usuario puede hacer uso de un bien, que no puede o no quiere pagar al contado, mediante la satisfacción de cuotas dilatadas en el tiempo. En apoyo de esta consideración y de su diferenciación del contrato de compraventa a plazos, cabe señalar que la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles excluye de su ámbito de aplicación los contratos de arrendamiento financiero (art. 5.5 LVBMP).

El arrendamiento financiero es también un contrato atípico dado que la regulación sustantiva existente—principalmente de carácter administrativo y fiscal—no permite entender que cuenta con un régimen normativo propio<sup>33</sup>.

La jurisprudencia lo califica como «contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 del Código Civil» (S. de 26 de junio de 1989 [RJ 1989, 4786])<sup>34</sup>, que además, nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (sentencias de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8038], 4 de abril de 2002 [RJ 2002, 3114] y 19 de julio de 1999 [RJ 1999, 5959]), figuras con las que a veces ha sido confundido, «ya que la finalidad del *leasing*, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disposición adicional séptima, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas—calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarrearía a los bienes—, incluyéndose necesariamente

una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (sentencias de 4 de junio [RJ 2001, 6665] y 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 250])» (STS de 4 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 42]).

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública también lo considera un contrato complejo y atípico, de contenido no uniforme, regido por sus específicas disposiciones y que ha de estarse en cada caso a las particulares estipulaciones que integran el negocio cuestionado, a fin de determinar su específica naturaleza, su estructura negocial unitaria o dual, y su alcance y eficacia, atendiendo para ello a la intención de los contratantes (cfr. art. 1281 CC), a la finalidad perseguida (cfr. arts. 1283, 1284 y 1286 CC), y a la valoración conjunta de las diferentes cláusulas (cfr. art. 1285 CC); y todo ello dentro del respeto a los límites establecidos a la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1255 CC) y a las especiales exigencias para la configuración de nuevos derechos reales. Por tanto, el *leasing* no es una mera suma de un arrendamiento y una opción de compra, sino un negocio jurídico de financiación de naturaleza compleja y causa unitaria, en la que es lógico y connatural que no quepa novación por sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor (cfr. art. 1205 CC). (RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020, con referencia a la RDGRN de 26 de octubre de 1998).

La pérdida de la atipicidad del contrato de arrendamiento financiero está prevista en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que lo regula en el capítulo VI [Del contrato de arrendamiento financiero (*leasing*)], dentro del título VII (De los contratos financieros), del libro quinto (De los contratos mercantiles en particular) —artículos 576-1 a 576-3<sup>35, 36</sup>. El artículo 576-1 define el contrato como aquel por el que «un empresario cede en arrendamiento a otro operador del mercado un activo definido previamente por este para afectarlo a su actividad empresarial o profesional a cambio del abono de cuotas periódicas, y en condiciones económicas que supongan transferir al arrendatario sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo, que el arrendador ha adquirido de un proveedor designado o aprobado por el arrendatario o del propio arrendatario» y prevé la posibilidad de incorporar un derecho de opción de compra ejercitable al finalizar el contrato, en cuyo caso contendrá unas condiciones de ejercicio tan favorables para el arrendatario que pueda presumirse que lo ejercitará, considerándose que existe transferencia sustancial de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo. El artículo 576-2 regula las relaciones de las partes con el tercero proveedor y el 576-3 los derechos y obligaciones de las partes (arrendador y arrendatario) dejando claro su carácter bilateral<sup>37</sup>.

No parece resultar adecuada la calificación del arrendamiento financiero como contrato complejo o mixto dado que en él no se combinan prestaciones propias de diferentes contratos, sino que comprende las que le son propias. En la doctrina se ha señalado que lo que es compleja es la operación de *leasing*, que requiere la celebración de dos contratos —el de compraventa y el de arrendamiento financiero—, siendo distintas las partes que en ellos intervienen, al margen de que la empresa de *leasing* intervenga en ambos. Y que tampoco puede atribuirse el carácter mixto o complejo por el hecho de que se incorpore al contrato la facultad de opción de compra, aunque lo exija una disposición legal, dado que dicha facultad la concede la arrendadora como prestación del propio contrato de *leasing*. Las prestaciones que se deduzcan del ejercicio de la opción son ya prestaciones que derivan de un contrato nuevo y distinto del *leasing* y que tienen su origen en el consentimiento expresivo del ejercicio de la opción<sup>38</sup>. Teoría que se refuerza con la actual regulación de los establecimientos financieros de crédito que, como se ha señalado, contempla la opción de compra como cláusula potestativa del contrato para estos establecimientos.

La función económica que persigue el *leasing* es la de financiar la explotación de un bien que necesita el usuario para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Y esta función es también para ambas partes la causa —unitaria— del contrato. Esta consideración podría plantear la cuestión de su incoherencia con la prohibición de pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico que impide que, en los contratos con causa de financiación, el acreedor pueda, ante el incumplimiento del deudor, convertirse directa o indirectamente en propietario del bien financiado<sup>39</sup>. De ahí que no se admita la venta en función de garantía como negocio fiduciario por ser insuficiente la causa *adquirendi*. A este respecto cabe señalar que en el arrendamiento financiero no se cumplen los presupuestos que motivan la aplicación de dicha prohibición. El *leasing* tiene una configuración propia y distinta de la hipoteca, la prenda o la venta en garantía. El acreedor en el contrato parte como propietario del bien cedido y esta condición es la que le garantiza que, en caso de incumplimiento por el usuario de la obligación de pago de las cuotas periódicas, pueda recuperar el coste de la compra del bien y los perjuicios por la frustración de la operación prevista. Por su parte, el arrendatario financiero al explotar el bien cedido obtiene un beneficio que es económicamente cuantificable.

El arrendamiento financiero es, además, un contrato basado en la libertad contractual y la buena fe de las partes en el que existe equilibrio entre los intereses del arrendador financiero —que busca una ganancia por la financiación— y del usuario —que obtiene un bien para el desarrollo de su actividad<sup>40</sup>. Algun autor ha señalado, no obstante, que el régimen de resolución del contrato, en el caso del *leasing* inmobiliario, genera un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero<sup>41</sup>, o, que el procedimiento de

corte interdictal para recuperar la cosa previsto para el *leasing* mobiliario genera dicho enriquecimiento injusto<sup>42</sup>. No obstante, la sujeción del contrato a las reglas de la resolución contractual para poder contar con un procedimiento objetivable de valoración del bien y la no aceptación de contratos cuyo incumplimiento resulte ventajoso para el arrendador financiero<sup>43</sup> son criterios de validez del contrato de *leasing* que evitan que se produzca tal enriquecimiento injusto (SSTS de 9 de abril de 2001 y 12 de junio de 1998 [RJ 1998,6128])<sup>44</sup>. Y, aunque el *leasing* permite al arrendador financiero, ante el incumplimiento del usuario, disponer de mecanismos expeditivos para lograr la mayor satisfacción de su deuda, estos mecanismos, además de conformes con el Derecho, proporcionan seguridad jurídica al arrendador financiero y propician la celebración de futuros contratos de *leasing*<sup>45</sup>.

## 2. CONTRATO BILATERAL Y ONEROZO

El *leasing* se celebra entre arrendador financiero y usuario y de él surgen obligaciones para ambas partes. Para el arrendador financiero entregar el bien y mantener al usuario en el goce pacífico de la cosa arrendada a lo largo del contrato, aceptando, en su caso, el ejercicio por este de la opción de compra. En la práctica, en relación con el goce pacífico, la arrendadora financiera incluye una cláusula por la que se libera de cualquier responsabilidad respecto de las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes objeto del contrato, y subroga a la arrendataria financiera en las acciones que le correspondieran frente al proveedor o fabricante. Y para el arrendatario financiero recibir el bien, satisfacer las cuotas periódicas y devolver la cosa si no ejercita la opción a lo que, en la práctica, se añade la de suscribir una póliza de seguro que cubra de los riesgos de avería, pérdida o destrucción de la cosa de modo que la indemnización pueda cubrir las cuotas pendientes<sup>46</sup>. Se trata, por tanto, de un contrato bilateral y oneroso<sup>47</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado «La acción ejercitada por la arrendadora financiera tiene una base puramente obligacional, esto es, sobre la base de que el contrato de arrendamiento financiero concertado con la ahora concursada es un contrato bilateral del que resultan obligaciones recíprocas para las partes» (STS de 29 de junio de 2016).

## 3. EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO ES UN DERECHO REAL EMBARGABLE E HIPOTECABLE

El arrendamiento financiero, además de ser un contrato del que derivan obligaciones para ambas partes, genera un derecho real a favor del usuario.

Tradicionalmente solo se ha tenido en cuenta, en especial en materia de concurso, el derecho real que corresponde al arrendador financiero en cuanto titular del bien cedido en arrendamiento. No obstante, las características del *leasing*, o mejor, las prestaciones que lo definen hacen que por su virtud el arrendatario financiero goce de un derecho real sobre el bien mueble o inmueble objeto del contrato.

En este sentido, y a propósito del *leasing* inmobiliario, la RDGRN de 18 de marzo de 2014 señala que la posición contractual del arrendatario financiero es un derecho enajenable, hipotecable e incluso susceptible de embargo, por lo que hay que entender que también es transmisible, y la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de septiembre de 2020, con referencia a la RDGRN de 26 de octubre de 1998, que lo consideró derecho real hipotecable, sostiene que el derecho de arrendamiento financiero no puede ser calificado sino de derecho real en cuanto recae directamente sobre la cosa, resulta oponible *erga omnes*, y reúne los requisitos estructurales configuradores de este tipo de derechos (arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) y que, siendo derecho real tiene carácter embargable<sup>48</sup>.

Ahora bien, lo que resulta embargable es el derecho del que es titular el arrendatario financiero en su conjunto, que no es desglosable, y comprende, tanto el uso del bien derivado del arrendamiento, como, si se ha concedido, el derecho de opción de compra. Por ello, tal y como señala la DGRN no resulta admisible el embargo aislado de la opción de compra<sup>49</sup>.

## V. NORMATIVA APLICABLE

La normativa que se aplica al *leasing* regula básicamente aspectos fiscales y administrativos e impide calificarlo como contrato típico. A este contrato se refieren, además de la disposición adicional tercera de la LOSSEC, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, que contempla dentro de las Normas de Registro y Valoración al arrendamiento financiero, el artículo 106 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades y, en el ámbito concursal, los artículos 150.3.º, 165.3 párrafo segundo y 270.4.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas reconoce expresamente el llamado «*leasing* público» al establecer en el artículo 128.1 que «Para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles».

Al *leasing* mobiliario se le aplica la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante LVPBM) si reúne las características señaladas en el artículo 1 de dicha Ley —bienes muebles corporales no consumibles e identificables— considerando bienes identificables todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes. Esta disposición regula una serie de acciones en favor del arrendador financiero para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por el arrendatario financiero —entre las que se encuentran las de recuperación del bien, y la de ejecución— y la inscripción del contrato en el Registro de Venta a Plazo de Bienes Muebles (hoy integrado en el Registro de Bienes Muebles).

Por su parte, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en el artículo 16 define los contratos de suministro como aquellos que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles, y en el artículo 9.2 excluye la aplicabilidad de la Ley a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales. En el ámbito internacional cabe destacar el Convenio UNIDROIT de Ottawa (Canadá), sobre *leasing* financiero internacional, de 20 de mayo de 1988. Este Convenio, referido a bienes muebles, a pesar de que todavía no ha sido ratificado por España, es un instrumento útil a la hora de interpretar determinados contratos que se celebran en la práctica.

## VI. FORMA DEL CONTRATO Y FORMA PARA EL ACCESO AL REGISTRO

El arrendamiento financiero es un contrato consensual, no requiere una forma determinada para su existencia, aunque lo normal es que conste por escrito<sup>50</sup>. La constancia por escrito será, no obstante, necesaria si el arrendatario financiero quiere disfrutar del beneficio fiscal y contable que se le otorga. En la práctica se formaliza en escritura pública si recae sobre inmuebles y en póliza intervenida notarialmente si recae sobre muebles, por la fuerza probatoria que estos títulos proporcionan, tanto a la existencia del contrato, como a la fecha de su perfección (art. 1218 CC y 319.1 LEC —en relación con el art. 317, 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> LEC—). Y por las ventajas de la fuerza ejecutiva que estos títulos llevan aparejada (art. 517, apartado segundo 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> LEC<sup>51</sup>).

Distinta de la forma necesaria para la existencia de un contrato es la forma requerida para que este pueda acceder al Registro. Como es sabido, el sistema registral requiere la forma escrita como medio instrumental para proceder a la inscripción y al despliegue de los principios registrales de tal modo que el contrato devenga oponible *erga omnes*. La publicidad registral puede resultar esencial en el contrato de arrendamiento financiero dado que recae sobre un bien, con lo que se pueden generar incertidumbres en torno al derecho a disponer de ella libremente<sup>52</sup>. Así, en el caso de los bienes muebles, la inscripción registral deja sin efecto la apariencia de titularidad asociada a la posesión del artículo 464 del Código Civil. No obstante, debe recordarse que, siendo el *leasing* un contrato consensual, su inscripción es potestativa.

Tratándose de *leasing* inmobiliario, el acceso al Registro de la Propiedad requiere escritura pública. Para inscribir el *leasing* mobiliario en el Registro de Bienes Muebles (RBM), que es un Registro presidido por el principio de libertad formal, no se exige escritura pública y solo su constancia por escrito en modelo oficial (art.10 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Mueble.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que no es necesaria la inscripción del contrato de *leasing* para poder inscribir la propiedad del bien a favor del usuario si este ejerce la opción de compra. La propiedad podría, en tal caso, registrarse a favor del usuario a partir de la titularidad del arrendador financiero que devino propietario en virtud de la compraventa inscrita a su favor (RRDGRN de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994).

El carácter potestativo de la inscripción ha sido puesto de relieve por el Tribunal Supremo en relación con el *leasing* mobiliario. Así, en la sentencia de 23 de julio de 2015 [RJ 2015, 3706] señala: «En el presente supuesto, las sentencias de instancia han puesto de relieve que la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero en el Registro de Bienes Muebles y en el de Tráfico no son obligatorias para su validez y eficacia, a tenor de la regulación vigente en el caso de autos (disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito y disposición adicional primera de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de Venta a plazos de Bienes Muebles). La última de dichas normas señala que los contratos de arrendamiento financiero que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 12 «podrán ser inscritos en el Registro establecido en el artículo 15 de esta ley», para lo que era necesario formalizar el contrato en el modelo oficial establecido al efecto, inscribiéndose, en este caso, en una sección especial del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Por tanto, tratándose de una inscripción voluntaria, no afecta a la validez y eficacia de ambos contratos de arrendamiento financiero»<sup>53</sup>.

No hallándose el usuario en situación de concurso, el apartado 2 de la disposición adicional primera de la LVPBM faculta al arrendador financiero para recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por dicha Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y aclara que únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de arrendamiento financiero que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> del apartado segundo del artículo 517 LEC (escritura pública o póliza intervenida). Y, en caso de incumplimiento, si el *leasing* consta en alguno de estos documentos o se haya inscrito en el Registro de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, el apartado 3 de la disposición adicional reconoce al arrendador financiero la facultad de recuperar el bien conforme a determinadas reglas<sup>54</sup>.

Además, fuera de la situación de concurso, será de aplicación el artículo 595 LEC con lo que la arrendadora financiera, como propietaria de la cosa, dispondrá de la tercería de dominio frente a las pretensiones de embargo del bien por parte de los acreedores del usuario por créditos de fecha posterior al contrato de *leasing* (STS de 30 de diciembre de 2002). Ello sin necesidad de inscripción en el RBM. Ahora bien, si el arrendamiento financiero se halla inscrito, la arrendadora financiera contará, además, con la llamada tercería registral ex artículo 24.4 ORBM<sup>55</sup>, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera y el artículo 15 LVPBM. En caso de traspaso del dominio de la cosa objeto del *leasing* por el usuario a terceros, si el contrato de *leasing* no se halla inscrito en el RBM, el arrendador financiero solo podrá hacer valer su derecho frente a los subadquirientes del bien si prueba que el contrato es anterior a la transmisión y que ha existido mala fe del adquiriente. Es clara, por tanto, la ventaja que proporciona la inscripción que hace que el *leasing* sea oponible *erga omnes*.

## VII. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

La inscripción registral conlleva también otras ventajas además de la oponibilidad del contrato en los supuestos de transmisión a terceros de la cosa objeto de este. Así, otorga carácter real, tanto a la cláusula de opción de compra, como a la cláusula que limita las facultades dispositivas del usuario que se hallen insertas en el contrato. En consecuencia, estas producirán eficacia *erga omnes* frente a posteriores adquirentes de derechos sobre el bien mueble o inmueble cedido en arrendamiento financiero.

## 1. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA DE OPCIÓN DE COMPRA

Los efectos de la inscripción sobre el derecho de opción de compra aisladamente considerado en el contrato de *leasing* inmobiliario han sido señalados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que considera que, cualquiera que sea la concepción que se tenga de la naturaleza de esta cláusula<sup>56</sup>, al acceder al Registro provoca efectos reales frente a todo tercero que con posterioridad obtenga un derecho sobre la finca, y que el derecho de arrendamiento financiero, y por tanto el derecho de opción de compra, que es inseparable del contrato, tendrá naturaleza real si consta inscrito en el Registro de la Propiedad.

## 2. INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA LIMITADORA DE LOS DERECHOS DEL USUARIO

El mismo efecto *erga omnes* se produce en relación con la inscripción de la cláusula que sujeta al consentimiento del arrendador la cesión de los derechos dimanantes del arrendamiento financiero. La RDGSJFP señala que el alcance personal o real de esta cláusula puede discutirse<sup>57</sup>, pero que delimita de manera clara el contenido del derecho inscrito, pues limita o condiciona las facultades dispositivas del mismo por parte de su titular, sujetando al previo consentimiento expreso y escrito del arrendador financiero la cesión, venta, traspaso o aportación, total o parcial, por parte del arrendatario financiero, de los derechos que a su favor dimanen del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario aunque se tratase del sucesor o continuador de su negocio. Según la regla sexta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla las circunstancias que deben contener las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley, «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 resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». De ahí que resulte claro el carácter real de la cláusula y sea necesario acreditar la obtención del previo consentimiento expreso y escrito del arrendador a la cesión por parte de los arrendatarios financieros de todos los derechos y obligaciones que los mismos ostentan en el contrato de arrendamiento financiero inmobiliario inscrito para poder inscribir dicha cesión de derechos (RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020).

No parece que haya inconveniente en aplicar igual criterio a la opción de compra o la limitación de la facultad de disponer del usuario que consten en

un contrato de *leasing* mobiliario inscrito en el Registro de Bienes Muebles<sup>58</sup>. Las normas que rigen el funcionamiento, la publicidad, el procedimiento y los efectos de la inscripción son las mismas en el Registro de la Propiedad y en el de Bienes Muebles.

## VIII. TRATAMIENTO CONCURSAL

### 1. REGULACIÓN

El tratamiento concursal que, desde la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), se ha dispensado al arrendamiento financiero ha provocado discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia menor. Y es que el *leasing* se regula desde una doble perspectiva: la de la masa pasiva del concurso, dentro de la clasificación de los créditos a satisfacer con el patrimonio del usuario concursado, y la de la masa activa del concurso, dentro de los bienes destinados a satisfacer los créditos concursales. El arrendador financiero, que es simultáneamente propietario del bien cedido en arrendamiento y acreedor por las cuotas pendientes de pago, cuenta con diversas acciones para hacer valer sus derechos: la acción de separación *ex iure dominii*, la acción de resolución del contrato y las acciones de recuperación y, además, su crédito derivado del contrato se clasifica como crédito con privilegio especial esto es, a satisfacer sobre el propio bien cedido. A ello hay que añadir que a las acciones de recuperación de los bienes objeto del *leasing* —que no están especificadas con lo que tampoco hay certeza de cuáles sean— se les da el mismo trato que a las «ejecuciones de garantías reales» y, en determinadas circunstancias, el crédito por las cuotas impagadas se considera crédito contra la masa. Todo ello hace que no resulte sencillo interpretar la normativa concursal, ni extraer conclusiones seguras.

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLCon) ha introducido algún cambio menor en el tratamiento del *leasing* y ha variado la ubicación de los preceptos que le dedicaba la derogada Ley Concursal<sup>59</sup>. Ahora, el contenido del artículo 56.1 LC se recoge en el número 3 del artículo 150 TRLCon (Régimen de las acciones de recuperación) ubicado en la Subsección 2.<sup>a</sup> (De las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados) de la Sección 2.<sup>a</sup> (De los efectos sobre las acciones y sobre los procedimientos ejecutivos) del capítulo II (De los efectos sobre las acciones individuales) del título III (De los efectos de la declaración de concurso). Y lo que establecía el artículo 90 LC en los apartados 1.4.<sup>º</sup> y 2 se contiene ahora en los artículos 270-4.<sup>º</sup> (Créditos con

privilegio especial) y 271.1 (Requisitos del privilegio especial) del TRLCon —recogiendo en dos artículos diferentes lo que la LC hacía en uno. Estos dos artículos se ubican en la Subsección 1.<sup>a</sup> (De los créditos con privilegio especial) de la Sección 2.<sup>a</sup> (De los créditos privilegiados) del capítulo III (De la clasificación de los créditos concursales) del título V (De la masa pasiva) del TRLCon. Además, el segundo párrafo del número 3 del artículo 165 del TRLCon (resolución judicial del contrato en interés del concurso) prevé un requisito específico para el arrendamiento financiero: la tasación pericial independiente del valor de los bienes.

## 2. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y *SEPARATIO EX IURE DOMINI*

El principal mecanismo concursal de que dispone el arrendador financiero para proteger su derecho de propiedad es el derecho de separación *ex iure dominii* de la cosa objeto del *leasing*. La separación implica la entrega del bien al arrendador financiero. Si bien, de acuerdo con el artículo 239.1 TRLCon (Separación de bienes y derechos), para que los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado sean entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos, el concursado no debe tener derecho de uso, garantía o retención sobre ellos. Por tanto, la separación del bien objeto del *leasing* solo podrá llevarse a cabo por el arrendador financiero si la relación contractual ha finalizado y el bien permanece en poder del usuario<sup>60</sup>. La separación —anterior o posterior a la declaración de concurso— requiere, además, que el usuario no haya ejercido la opción de compra en el plazo previsto en el contrato —o en el requerimiento del arrendador financiero para la entrega del bien. A la acción de separación no le resulta aplicable la paralización, ni los demás efectos de los artículos 148 a 150 TRLCon<sup>61</sup>.

## 3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: LA ACCIÓN DE RECUPERACIÓN DE LOS BIENES CEDIDOS EN ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

En caso de incumplimiento contractual del usuario las acciones que puede ejercitar el arrendador financiero son las de recuperación y la de resolución. El TRLCon se refiere explícitamente a las acciones —en plural— de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero en el artículo 150 (Régimen de las acciones de recuperación). Por su parte, la acción de resolución por incumplimiento posterior a la declaración de concurso se recoge en el artículo 161 (resolución por incumplimiento pos-

terior). Esta es la acción del artículo 1124 del Código Civil que puede dar lugar, si prospera, a la restitución —entrega— al arrendador financiero del bien objeto del contrato<sup>62</sup>.

La resolución por incumplimiento anterior a la declaración de concurso no procede en el caso del *leasing* dado que el artículo 160 TRLCon la reserva para los contratos de trato sucesivo.

#### *A) La acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento*

El artículo 150 TRLCon señala: «Lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación a: [...] «3.º A las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución»<sup>63</sup>.

Las acciones tendentes a la recuperación de los bienes que, como se ha señalado, no están especificadas, parecen ser, no solo la acción que fuera de concurso se dirige a la restitución del bien mueble al arrendador financiero ante el incumplimiento del usuario (apartado 3 de la disposición adicional primera de la LVPBM - que se refiere expresamente a la «recuperación del bien»<sup>64</sup>), sino también, con la que fuera de concurso pretende la ejecución sobre el patrimonio del usuario para recabar el cumplimiento del contrato (para muebles, la del apartado 2 de la disposición adicional primera LVPBM<sup>65</sup>) y que en el concurso se ejecuta sobre el bien mueble o inmueble objeto de *leasing* al tener el arrendador financiero la condición de acreedor privilegiado. Esta última es una acción de realización de valor cuyo ejercicio requiere un título que lleve aparejada ejecución.

De este modo, declarado el concurso, se verán afectadas, tanto la acción de restitución, como la acción de ejecución y tanto las iniciadas con anterioridad, como las que puedan iniciarse después. El artículo 150 TRLCon delimita directamente los arrendadores financieros que pueden entablar en concurso acciones de recuperación: aquellos cuyos contratos figuren inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles —lo que resulta especialmente oportuno para los contratos que acceden al RBM mediante modelo oficial y que, por tanto, no requieren su constancia en escritura o póliza notarial— y aquellos cuyo contrato conste en título ejecutivo. Y delimita indirectamente los acreedores que cuentan con privilegio especial dado que el artículo 270.4.º TRLCon, que establece los créditos con privilegio especial, se refiere genéricamente a los créditos por contratos de arrendamiento financiero.

Los «artículos anteriores» a los que se remite el artículo 150 TRLCon se refieren a:

a) la imposibilidad, desde la declaración de concurso, de iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre los bienes de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 145.1 TRLCon), y la suspensión, desde la declaración de concurso, de las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta (art. 145.2 TRLCon).

Esta norma no se aplica a todos los contratos de *leasing*, únicamente a los que recaen sobre bienes afectos a una actividad profesional o empresarial del concursado, pero en la práctica quedan sujetos a ella la inmensa mayoría por cuanto que, como se ha señalado, esta afectación es necesaria para poder beneficiarse de las ventajas fiscales.

b) tratándose de bienes que no sean necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado y se pretenda iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre ellos o alzar la suspensión, la necesidad de acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo suspendido el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad (art. 146 TRLCon)<sup>66</sup>

c) la facultad del juez del concurso para declarar el carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal, cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores (art. 147 TRLCon)

d) la posibilidad de iniciar y continuar —en caso de que se hubiesen suspendido— los procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre los bienes:

1.º Desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos.

2.º Pasado un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación (art. 148 TRLCon).

La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

e) la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes por la apertura de la fase de liquidación si no se han ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no

se han iniciado pasado un año desde la declaración de concurso (art. 149 TRLCon)<sup>67</sup>.

En este contexto, el artículo 430 TRLCon (Pago de créditos con privilegio especial) brinda a la administración concursal la facultad de satisfacer las cuotas pendientes del *leasing*. Este precepto, en el apartado 2 —que ahora incluye una referencia expresa a las acciones de recuperación asimiladas— señala: «en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía conforme figura en la lista de acreedores»<sup>68</sup>. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial y el importe se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda (art. 430.3 TRLCon)<sup>69</sup>.

La redacción del artículo 150.3.º TRLCon, que remite las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero al bloque normativo previsto para las acciones de ejecución de garantías reales y la del artículo 430.2.º TRLCon, que refiriéndose expresamente al «ejercicio de acciones de recuperación asimiladas» utiliza la expresión «sin realización de los bienes afectos» conducen a interpretar que, declarado el concurso, la acción de restitución del bien (la del apartado 3 de la disposición adicional primera LVPBM) anterior o posterior a dicha declaración se transforma en una acción de realización de valor, equiparándose así a las acciones de ejecución del *leasing*<sup>70</sup>.

La finalidad que persigue el artículo 150.3.º TRLCon, en línea con la derogada Ley Concursal, es brindar al deudor la oportunidad de mantener su actividad y celebrar un convenio en el que los bienes objeto del *leasing* pueden resultar necesarios. De ahí que se paralicen «las acciones de recuperación asimiladas» mientras concurran las mismas condiciones objetivas (bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado) y temporales (sujeción a los términos) establecidas para las acciones de ejecución de garantías reales.

*B) Resolución del contrato de leasing*

Estando vigente la Ley Concursal la cuestión más controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia menor fue la relativa a la resolución del arrendamiento financiero por incumplimiento<sup>71</sup>. Así, desde la concepción de la existencia de un ligamen entre ambas acciones, se buscaba encajar el artículo 56.1.c) (equiparación de las acciones de recuperación a la ejecución de garantías reales)<sup>72</sup> con la regulación de la resolución contractual. Este objetivo requería determinar si el arrendamiento financiero es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes o solo para el arrendatario financiero, de cara a poder aplicar —o no— el apartado 1 del artículo 62 LC (resolución por incumplimiento)<sup>73</sup>.

La doctrina entendió que, atendida la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero, en el momento de la declaración de concurso existirían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes<sup>74</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo señaló que la consideración del *leasing* como contrato con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes o solo para el arrendatario financiero depende lo pactado en cada caso, si bien, como la mayoría de las veces el arrendador financiero se exime de responsabilidad por los vicios o defectos de los bienes objeto del contrato, estaremos ante un contrato con obligaciones pendientes solo para el usuario (el supuesto previsto en el artículo número 1 del art. 61 LC<sup>75</sup>), con lo que todas las prestaciones pendientes del arrendatario financiero, anteriores o posteriores al concurso, constituirán créditos concursales<sup>76</sup>. Tesis que mantendrá incluso después de la reforma operada por la Ley 38/2011<sup>77</sup> como recordará el propio Tribunal Supremo: «Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la jurisprudencia contenida en las sentencias 44/2013, de 19 de febrero, y 34/2013, de 12 de febrero, a supuestos en que resultaba de aplicación el artículo 61.2 LC tras la reforma de la Ley 38/2011. En efecto, en la sentencia 652/2014, de 12 de noviembre, expresamente declaramos que las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no suponen una innovación que modifique el régimen jurídico del artículo 61.2 LC. [...] no puede entenderse [...] que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de *leasing* la naturaleza de contrato de trato sucesivo en el que las obligaciones a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes» (SSTS de 29 de mayo 2016 y 2 de noviembre de 2016)<sup>78</sup>.

A raíz de estas consideraciones, parte de la jurisprudencia menor y de la doctrina concluyó que el arrendador financiero no podía ejercitar acciones de recuperación dado que el artículo 62.1 LC limitaba la posibilidad de

resolver los contratos a aquellos con obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes. Esto es, frente al incumplimiento del usuario, el arrendador no podía resolver el contrato con obligaciones pendientes a cargo solo de aquél<sup>79</sup>. No obstante, otras sentencias y autores veían posible resolver el contrato de *leasing* aun entendiendo que existen obligaciones recíprocas pendientes solo para el arrendatario, quedando sometidas las acciones de recuperación al régimen de las garantías reales que se preveía en el artículo 56 LC<sup>80</sup>.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de junio de 2016, vigente la Ley Concursal, además de reiterar que no es posible resolver el contrato cuando existen obligaciones pendientes de cumplimiento solo para el usuario, lo justificará con un extenso desarrollo argumental. Así, señalará que, si del análisis de un concreto contrato de *leasing* resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero después de declarado el concurso, se aplica el régimen previsto en el propio artículo 61.2 LC para la resolución en interés del concurso del contrato de *leasing* pendiente de cumplimiento por ambas partes. De existir obligaciones solo para el usuario concursado, no resulta aplicable el artículo 61.2 LC, que presupone un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso y, por tanto, tampoco puede acordarse la resolución del contrato por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC<sup>81</sup>. Y aclarará que, si tras la declaración de concurso el arrendador está obligado a dejar al arrendatario financiero el bien de su propiedad, a permitir el goce pacífico de la cosa arrendada, a no impedir el uso de las cosas por el arrendatario, y a recibir la renta pactada, no supone que existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por la arrendadora financiera. No puede convertirse lo que es un derecho del arrendador financiero —cobrar la renta— en una obligación recíproca respecto de la obligación que tiene el arrendatario financiero de pagarla. El resto de las obligaciones, «solo constituyen, a efectos del artículo 61 LC, un deber de conducta general, implícito en el principio *pacta sunt servanda* en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso». También resulta insuficiente a tal efecto la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que este ejercite la opción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual, por cuanto que se trata de una obligación que solo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de *leasing*, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, para determinar que en el momento de la declaración del concurso no existen obligaciones pendientes de cumplir por el arrendador financiero resulta significativa la cláusula del contrato que le libera de cualquier responsabilidad respecto de las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes objeto del contrato, y subroga a la arrendataria financiera en las acciones que aquel tuviera frente al proveedor o fabricante. La cláusula referida a la posibilidad de que la arrendadora financiera pueda concertar un seguro que cubra el riesgo de pérdida de los bienes arrendados no supone la existencia de obligación alguna para esta, puesto que la concertación del seguro es obligatoria para la arrendataria financiera y potestativa para la arrendadora, en caso de que la arrendataria no cumpla con su obligación.

Por todo lo anterior concluirá si el contrato no establece obligaciones a cargo de la arrendadora financiera que se encuentren pendientes de cumplimiento, no resulta de aplicación el artículo 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso, y tampoco puede acordarse la resolución del contrato por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC, dado que solo se permite en los casos del artículo 61.2 LC, remitiéndose a la sentencia 235/2014, de 22 de mayo. Así, la arrendadora financiera ostenta un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito dentro del concurso (arts. 49 y 61.1 LC), sin perjuicio de que pueda promover la realización de la garantía mediante la acción de recuperación del bien si reúne los requisitos exigidos para su ejercicio. «Desde el punto de vista puramente obligacional, la arrendadora financiera es un acreedor más de la concursada cuyo crédito, si se cumplen los requisitos exigidos con carácter general a los acreedores concursales, se integra en la masa pasiva para ser satisfecho en los términos previstos en el convenio o en la liquidación. Pero no puede instar la resolución del contrato por el incumplimiento por el arrendatario financiero de su obligación de pago de las cuotas, porque en caso de acordarse la resolución del contrato y la restitución al arrendador de los bienes dados en arrendamiento financiero, se le estaría permitiendo extraer de la masa del concurso determinados bienes o derechos y librarse de sus consecuencias, frente a los demás acreedores concursales que deberían pasar por las consecuencias negativas que para su crédito supone la declaración de concurso».

Como se observa, el Tribunal Supremo desliga la acción de resolución de las acciones de recuperación y admite la posibilidad, si de dan los presupuestos, de ejercitarse estas si no procede aquella<sup>82</sup>. Así, establece «lo señalado anteriormente no obsta a que los titulares de los créditos privilegiados del artículo 90.1.4.º LC que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 56.1.<sup>a</sup> LC

puedan, en los términos previstos en dicha ley, ejercitar las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución, pues el artículo 56.1.<sup>a</sup> LC les ha extendido el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales». De ahí que, pese a tratarse de créditos concursales, el artículo 155.2<sup>83</sup> LC permita a la administración concursal comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa para evitar la realización de la garantía, que en este caso tendría lugar mediante el ejercicio de la acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero. «Pero no es esa la acción ejercitada por la hoy recurrida en la demanda incidental. La acción ejercitada en la demanda fue la de resolución contractual por incumplimiento con restitución de los bienes entregados. En la demanda incidental se fundó la acción en los artículos 1124 del Código Civil, la pretensión formulada fue la de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada y restitución de los bienes entregados en virtud del contrato, y la mención puntual al artículo 56.1 de la Ley Concursal que se realizaba en la demanda lo fue a los solos efectos del plazo previsto en tal precepto»<sup>84</sup>.

La interpretación que realiza el Tribunal Supremo acerca de lo que ha de entenderse por obligaciones pendientes de cumplimiento restringe en gran medida la posibilidad de resolver en concurso el contrato de *leasing* a instancia del arrendador financiero. No obstante, esta interpretación es coherente con el principio de conservación de la actividad empresarial que el concurso persigue y con el que se alinea la regulación de la paralización de las «acciones de recuperación asimiladas».

El artículo 161 TRLCon (resolución por incumplimiento posterior) establece ahora que declarado el concurso «la facultad de resolución del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes». Por lo que respecta a la resolución judicial en interés del concurso se recoge en el actual artículo 165 TRLCon, cuyo número 1 dispone: «Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso» y en el párrafo 2.<sup>º</sup> del número 3 establece una norma específica para el arrendamiento financiero al señalar: «La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Si el contrato a rescindir fuera de arrendamiento financiero, a la demanda se acompañará tasación pericial independiente

del valor de los bienes cedidos, que el juez podrá tener en cuenta para fijar la indemnización»<sup>85</sup>. La tasación pericial independiente constituye una garantía para el arrendador financiero a la hora de determinar la cuantía de la indemnización<sup>86</sup>.

#### 4. LAS CUOTAS DEL *LEASING* COMO CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

Como en el arrendamiento financiero la propiedad de la cosa es el elemento real del contrato y cumple para el arrendador financiero una función de garantía de la prestación dineraria debida por el usuario, por lo que respecta a la garantía del crédito, la propiedad del bien cedido funciona como garantía<sup>87</sup>.

El artículo 270 TRLCon recoge una serie de contratos, entre ellos el arrendamiento financiero, que utilizan el derecho de propiedad con finalidad de garantía, y, en línea con el artículo 150 TRLCon, que asimila las acciones de recuperación a las de ejecución de garantías reales, equipara el acreedor por créditos del *leasing* con el acreedor con garantía real considerando los del *leasing* créditos con privilegio especial<sup>88</sup>. Señala el artículo 270 TRLCon: «Son créditos con privilegio especial: [...] 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los finanziadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago».

No ha mejorado el Texto Refundido de la Ley Concursal la confusa redacción del precepto. La frase «sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago» carece de sentido: los bienes objeto de *leasing* no se arriendan con reserva de dominio, ni con prohibición de disponer, ni con condición resolutoria y tampoco se arriendan los bienes vendidos<sup>89</sup>. Se trata de la preferencia sobre el bien arrendado por las cuotas debidas por el usuario concursado.

En la doctrina, sobre la base del ligamen de las acciones de recuperación y de resolución, se ha entendido que, una vez finalizada la paralización de la acción de recuperación, el arrendador financiero puede optar por resolver el contrato y recuperar el bien o exigir su cumplimiento y reclamar las cuotas pendientes —que constituyen un crédito privilegiado<sup>90</sup>—. Esta posibilidad de optar ha sido criticada por la doctrina por entender que es una contradicción que un mismo sujeto pueda ser simultáneamente propietario de un bien y titular de un derecho de garantía sobre el mismo, y que la facultad de optar entre el cumplimiento o la resolución del *leasing* mejora la posición del arrendador

financiero en relación con el resto de los acreedores con privilegio especial<sup>91</sup>. A ello se ha respondido que la normativa concursal se limita a dar tratamiento a las acciones que el arrendador financiero tiene reconocidas fuera del concurso<sup>92</sup>.

Los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la acción de resolución y su independencia de las acciones de recuperación del bien, a los que se ha hecho referencia, conducen a interpretar que la acción de resolución, única que, una vez declarado el concurso, permitiría la recuperación del bien, es una acción difícil que proceda. Además, requiere el incumplimiento posterior a la declaración de concurso tal y como señala el artículo 161 TRLCon. También corroboran que las acciones de recuperación iniciadas antes o después de la declaración de concurso podrán ejercitarse o continuar, una vez terminada la paralización, por los arrendadores financieros con contrato inscrito en el Registro de la Propiedad o de bienes muebles o que conste en un título ejecutivo. Estas acciones parecen ser consideradas como de realización de valor y se dirigen al cobro de las cuotas impagadas para lo que dichos arrendadores ostentan la condición de acreedores con privilegio especial.

El privilegio especial recae sobre el bien objeto de arrendamiento financiero, que puede ser mueble o inmueble, y, en principio, alcanza solo a las cuotas pendientes de pago, esto es, las impagadas y las que vencen anticipadamente por la declaración de concurso, incluida la cuota residual correspondiente a la opción de compra. No alcanzaría a los intereses o carga financiera dada la consideración como subordinados de estos créditos, salvo los supuestos de garantías reales<sup>93</sup>.

La inscripción registral del *leasing* o su formalización en título ejecutivo deberá haberse producido con anterioridad a la declaración de concurso. El artículo 271.1 TRLCon señala: «Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores».

## IX. CONCLUSIONES

I. No existe una definición auténtica del contrato de arrendamiento financiero. Tampoco puede considerarse elemento esencial de este la opción de compra a favor del arrendatario. La concesión de la opción de compra es obligatoria, de acuerdo con la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, cuando el arrendador financiero es una entidad de crédito y es potestativa, de acuerdo con la Ley

5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, cuando es un establecimiento financiero de crédito.

II. El arrendamiento financiero es un contrato de financiación atípico, bilateral y oneroso, pero no es complejo o mixto, dado que en él no se combinan prestaciones propias de diferentes contratos, sino que comprende las propias y características. Puede calificarse como compleja la operación de *leasing*, que requiere la celebración de dos contratos: el de compraventa y el de arrendamiento financiero, siendo distintas las partes que en ellos intervienen, aunque el arrendador financiero intervenga en ambos. La financiación como causa del contrato no supone una incoherencia en relación con la prohibición de pacto comisorio presente en nuestro ordenamiento jurídico.

III. El arrendamiento financiero es un contrato consensual, no requiere una forma determinada para su existencia, aunque lo normal es que conste por escrito. La constancia por escrito será necesaria si el arrendatario financiero quiere disfrutar del beneficio fiscal y contable que le otorga la normativa fiscal. En la práctica se formaliza en escritura pública si recae sobre inmuebles y en póliza intervenida notarialmente si recae sobre muebles, por la fuerza probatoria que proporcionan estos títulos, tanto a la existencia del contrato, como a la fecha de su perfección (art. 1218 CC y 319.1 LEC —en relación con el art. 317, núm. 2 y 3 LEC—). Y también, por las ventajas que brinda la fuerza ejecutiva que estos títulos llevan aparejada (art. 517, núm. 4 y 5 LEC).

IV. El arrendamiento financiero, además de ser un contrato del que derivan obligaciones recíprocas para ambas partes, genera un derecho real a favor del usuario. Este derecho es enajenable, hipotecable y embargable y lo es en su conjunto. No puede embargarse aislada o separadamente el derecho de opción de compra. Estas características del derecho del arrendatario financiero han sido corroboradas por la resolución de 30 de septiembre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

V. La inscripción registral conlleva ventajas más allá de la oponibilidad del contrato en los supuestos de transmisión a terceros de la cosa objeto de este. Así, otorga carácter real, tanto a la cláusula de opción de compra, como a la que limita las facultades dispositivas del usuario insertas en el contrato. En consecuencia, estas cláusulas producirán eficacia *erga omnes* frente a posteriores adquirentes de derechos sobre el inmueble cedido en arrendamiento financiero (RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020 en relación con un inmueble). No parece que haya inconveniente en reconocer iguales consecuencias cuando se trate de cláusulas y registro de un bien mueble.

VI. El acceso al Registro de la Propiedad del *leasing* inmobiliario requiere escritura pública. Para inscribir el *leasing* mobiliario en el Registro de Bienes Muebles (RBM), que es un registro presidido por el principio de libertad formal, no se exige escritura pública o póliza intervenida, sino su

constancia por escrito en modelo oficial (art. 10 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles [ORVPBM]).

VII. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal ha introducido algún cambio menor en el tratamiento del arrendamiento financiero y ha variado la ubicación de los preceptos que le dedicaba la derogada Ley Concursal. Ahora, el contenido del artículo 56.1 LC se recoge en el artículo 150.3 TRLCon (Régimen de las acciones de recuperación). Y lo que establecía en los apartados 1. 4.º y 2 del artículo 90 LC se contiene en los artículos 270.4.º (Créditos con privilegio especial) y 271.1 (Requisitos del privilegio especial) del TRLCon. Además, el segundo párrafo del número 3 del artículo 165 del TRLCon (resolución judicial del contrato en interés del concurso) prevé un requisito específico para el arrendamiento financiero: la tasación pericial independiente del valor de los bienes.

VIII. El artículo 150 TRLCon remite las acciones tendentes a la recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero a las normas establecidas para la ejecución de garantías reales. Las acciones de recuperación parecen comprender, no solo las acciones para la restitución al arrendador financiero del bien mueble objeto del *leasing* ante el incumplimiento del usuario (apartado 3 de la disposición adicional primera LVPBM que habla de «recuperación del bien»), sino también, las que recaban el cumplimiento mediante la ejecución sobre el patrimonio del usuario (para muebles apartado 2 de la disposición adicional primera LVPBM), que son acciones de realización de valor cuyo ejercicio requiere un título que lleve aparejada ejecución. Estas, declarado el concurso, se concretan sobre los bienes objeto de *leasing* por ser el arrendador financiero acreedor con privilegio especial.

IX. El artículo 270 TRLCon recoge una serie de contratos, entre ellos el arrendamiento financiero, que utilizan el derecho de propiedad con una finalidad de garantía, y, del mismo modo que el artículo 150 TRLCon remite las acciones de recuperación del bien cedido en *leasing* a las normas sobre ejecución de garantías reales, aquel asimila el acreedor por las cuotas del *leasing* al acreedor de créditos con garantía real al considerar los créditos derivados del *leasing* créditos con privilegio especial.

X. El ejercicio de la acción de resolución requiere la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes y que el incumplimiento sea posterior a la declaración de concurso (art. 161 TRLCon). La mayoría de las veces el arrendador financiero se exime de responsabilidad respecto de los vicios o defectos de los bienes objeto del contrato con lo que se tratará de un contrato con obligaciones pendientes solo para el usuario. Por ello, todas las deudas pendientes de este anteriores o posteriores a la declaración de concurso constituirán créditos concursales.

## X. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C. (2020). Artículo 270 y Artículo 271. En Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E. M. Cascales Domínguez (coord.). *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol II, J.I., Sepín, 529 y sigs.

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral, *RCDI*, núm. 569, 863 y sigs.

AZOFRA VEGAS, F. (2020). Artículos 145 a 149 y Artículo 150. En Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E.M. Cascales Domínguez (coord.). *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol. I, Sepín, 963 y sigs., y 979 y sigs.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1996). El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del «leasing» financiero, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, M. Muñoz Cervera, U. Nieto Carol (coord.), Vol. 2, Tomo 1, (Garantías reales. Garantías mobiliarias), Civitas, 377 y sigs.

CAAMAÑO ANIDO, M.A. (2017). Artículo 106. Contratos de arrendamiento financiero. En *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*, Sánchez Pedroche, J.A. (dir.), Tirant lo Blanch, 1611 y sigs.

CALVO VÉRGEZ, J. (2019). La fiscalidad del *leasing* inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido, Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, núm. 4. Accesible en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2019\\_04.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_04.pdf)

CAMPUZANO, A.B./SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2013). Los contratos financieros y el concurso de acreedores: *leasing* y seguro. En F. Conledo F./L.R. Palomo (dirs.). *Los mercados financieros*. Tirant lo Blanch, 139 y sigs.

COHNEN, S. (2000). El contrato «leasing»: Aspectos de su calificación jurídica, *RJUAM*, núm. 3, 109 y sigs.

CORRALES ROMEO, J.A./GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, J. (1991): *Sociedades de Financiación, Leasing y Factoring*, Edit. Civitas.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2007). En Uriá, R. y Menéndez, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas.

DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1970). Reflexiones en torno al *leasing*, *RDM*, núm. 118, 1970, 533 y sigs.

— (2010). El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: 40 años después. EPrints Complutense, 2010, 1 y sigs. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n\\_E-print.pdf](http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf).

DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2007). El contrato de *Leasing*. A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) y M.ª A. Calzada Conde (dir. adjunta), *Contratos mercantiles II*, Thomson-Aranzadi, 891 y sigs.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. (2001). El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, núm. 239, 201 y sigs.

FLORES DOÑA, M.ª S. (1998). El contrato de *leasing* financiero y su regulación en el Tratado internacional UNIDROIT, en AAVV: *Estudios de Derecho Mercantil, homenaje al profesor Duque Domínguez*, vol. II, 1233 y sigs.

FRAILE BAYLE, M.S. y MARTÍN BAILE, S. (1997). El *leasing* y el *renting*, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 9, 55 y sigs.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2016). Naturaleza de las cuotas de *leasing* devengadas tras la declaración de concurso, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 1, 2016, 135 y sigs.

GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> C. (2001). *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Elcano (Navarra).

GARCÍA SOLÉ, F. (1989). La subrogación en los derechos de la compañía de *leasing* frente al proveedor o vendedor, *Actualidad Civil*, 1989, 1068 y sigs.

GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 90. Rojo, A. y Beltrán, E.M., (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, T. 1, Civitas, 1624 y sigs.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004). El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 211 y sigs.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, en J.M.<sup>a</sup>. De la Cuesta J.M. (dir.), E.M.<sup>a</sup> Valpuesta (coord.), *Contratos Mercantiles*, (2.<sup>a</sup> ed.), Bosch, 1282 y sigs.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2007). El contrato de *leasing* financiero, E. Gadea, A. Sequeira (coord.), *La contratación bancaria*, Dykinson, 860 y sigs.

GUILARTE GUTIERREZ, V. (2004) en J. Sánchez-Calero Guilarte/V. Guilarte Gutiérrez (dirs.) *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, 1626 y sigs.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2012). Tratamiento del *leasing* financiero en el concurso del arrendatario. *Anuario de derecho concursal*, núm. 26, 51 y sigs.

ILLESCAS ORTIZ, R. El *leasing*, aproximación a los problemas de un nuevo contrato, RDM, 1971, 110 y sigs.

MARCO ALCALÁ, L.A. (1999). Tercería de mejor derecho. Pólizas intervenidas por corredor de comercio. Preferencia, concurrencia y prelación de créditos entre póliza de contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y apertura de crédito, *CCJC*, núm. 50, 1999, 590 y sigs.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). El arrendamiento financiero, A. Carrasco, E. Cordero M.J. Marín, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, T.II, 564 y sigs.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2000). La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *Leasing* en el contrato de arrendamiento financiero. Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 219 y sigs.

MARTÍNEZ ROSADO, J. El *leasing* financiero inmobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*, *RDCP*, núm. 2, 2005, 267 y sigs.

MONTSERRAT VALERO, A.; TORRE DA SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., y LAGO MONTERO, J.M. (2014). Los contratos ante el concurso de acreedores (2): concretas figuras contractuales, M. Yzquierdo, J.M. Almudí, y M.A. Martínez Lago, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Aranzadi, 657 y sigs.

ORTUÑO BAEZA, M.T. (2003). Arrendamiento financiero (*leasing*), E. Gallego Sánchez, *Contratación Mercantil Vol. II. Contratación Bancaria*. Tirant lo Blanch, 1208 y sigs.

OTERO COBOS, M.T. (2020). Artículo 165. *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol. I, J.I. Peinado (dir.), E. Sanjuan (dir.), E.M. Cascales (coord.), Sepín, 1073 y sigs.

PACHECO CAÑETE, M. (2005). Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la ley concursal, *RDM*, 83 y sigs.

PARRA LUCÁN, M.A. (2005). La función de garantía del *leasing* financiero mobiliario. *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2223 y sigs.

PÉREZ REAL, A. (1989-1990). *Leasing y compraventa* comentario a la STS. (Sala Primera) de 28 de mayo de 1990. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 76, 347-354.

— (1990). El *leasing*: «un contrato complejo y atípico regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme (comentario a la STS de Sala Primera, de 26 de junio), Poder Judicial, núm. 19, 235-250.

REVERTE NAVARRO, A. (2010). El contrato de *leasing*, *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXV Núm. 1-2-3-4, 85 y sigs.

SÁNCHEZ CALERO, F. (2008). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, McGraw-Hill, 215 y sigs.

SANJUAN Y MUÑOZ, E. (2006). El arrendamiento financiero como crédito en el concurso, *RDCP*, núm. 4, 137 y sigs.

TORRUBIA CHALMETA, B. (2011). Naturaleza jurídica y tratamiento concursal del *leasing*, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año núm. 30, núm. 122, 87 y sigs.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. (2016). La paralización de las «acciones de recuperación» asimiladas, (Á. Rojo, J.C. Saénz García de Albiu, A.B. Campuzano y R. Lara (dirs.), *Las ejecuciones en el concurso de acreedores*, VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Aranzadi, 287 y sigs.

— Artículo 90. (2010) F. Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal. Tomo I*. 2.<sup>a</sup> ed. Aranzadi, 1031 y sigs.

## NOTAS

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2007). El contrato de *leasing* financiero. En Gadea Soler, E. y Sequeira Martín, A. (coord.), *La contratación bancaria*, Dykinson, 880.

<sup>2</sup> Estas dos últimas teorías sobre el origen del *leasing* las recoge DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2007). El contrato de *Leasing*. A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Calzada Conde, M.<sup>a</sup> Á. (dir. adjunta), *Contratos mercantiles II*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 1279.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. En De La Cuesta Rute, J.M. (dir.), Valpuesta, E. M.<sup>a</sup> (coord.), *Contratos Mercantiles*, Bosch, (2.<sup>a</sup> ed.), 1283.

<sup>4</sup> FLORES DOÑA, M.<sup>a</sup> S. (1998). El contrato de *leasing* financiero y su regulación en el Tratado internacional UNIDROIT. *Estudios de Derecho Mercantil, homenaje al profesor Duque Domínguez*, vol. II, Valladolid, 1253.

<sup>5</sup> ORTUÑO BAEZA, M.T. (2003). Arrendamiento financiero (*leasings*). En Gallego Sánchez, E., *Contratación Mercantil*, Vol. II. Contratación Bancaria. Tirant lo Blanch, 1208. Para esta autora, estas eran las funciones que el *leasing* tenía en sus orígenes.

<sup>6</sup> FRAILE BAYLE, M.S. y MARTIN BAILE S. (1997). *El leasing y el renting, Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 9, 55.

<sup>7</sup> El Real Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública contenía, a determinados efectos financieros y fiscales, la regulación legal de las operaciones de arrendamiento financiero y los requisitos que debían reunir las empresas dedicadas a esta actividad señalando de modo expreso que eran operaciones de esta naturaleza las que, cualquiera que sea su denominación, consistieran en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos, siempre que tales bienes queden afectados exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales. Al mismo tiempo establecía como requisito esencial para las operaciones de arrendamiento financiero la inclusión de una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento. De otra parte, el artículo 20.2 autorizaba al Gobierno para que, atendiendo a la coyuntura económica, pudiera extender el ámbito de aplicación del Real Decreto Ley a bienes diferentes de los indicados o a bienes afectos a fines distintos de los señalados.

<sup>8</sup> Además, las modificaciones que, en el entonces Impuesto General Sobre el Tráfico de las Empresas introducían la Ley de Régimen Transitorio de los Impuestos Indirectos, de 25 de septiembre de 1979, y el Real Decreto 1265/1980, de 30 de junio, que sometían a tributación las transmisiones de bienes inmuebles, tanto en primera como en sucesivas ventas por quien se dedicara habitualmente y mediante contraprestaciones a esta actividad, hacían conveniente la articulación de los aspectos fiscales y financieros al introducir la posibilidad del arrendamiento financiero de bienes inmuebles.

<sup>9</sup> El sector de la construcción, caracterizado por el trabajo poco cualificado y temporal, ejerce una gran influencia sobre el ciclo de la actividad económica global por los trascendentales efectos de arrastre de empresas que tiene. La doctrina económica señala que estos efectos actúan «hacia atrás», por el impulso que la actividad de la construcción ejerce sobre los sectores proveedores de productos intermedios (efecto directo), y «hacia delante», dado que proporcionan las infraestructuras necesarias para el desarrollo del resto de actividades económicas, contribuyendo así al aumento de la productividad y capacidad de crecimiento a largo plazo de la economía, en especial del sector privado (efecto indirecto). Este sector ha representado un papel clave en la economía española de la etapa democrática, marcando la pauta de su crecimiento. Su contribución es esencial para el comportamiento del PIB y del empleo, para el desarrollo de otros sectores productivos y para facilitar la creación de grupos empresariales de gran volumen. Los períodos de auge constructor coinciden con las fases de mayores tasas de crecimiento del PIB y viceversa. Entre 1981 y 2005, antes de la crisis inmobiliaria sufrida entre 2008 y 2014, se distinguen dos grandes períodos de crecimiento de la actividad constructora 1985-1991 y de 1994 en adelante que coinciden con las fases de mayor crecimiento de la economía española y su influencia en los resultados conjuntos de la economía. Con la crisis inmobiliaria, la actividad constructora se desplomó y con ella, los resultados del PIB español. El peso relativo de la construcción pasó de un 9,9% en el 2003 y un 10,4% en 2005 a un 5,8% en el 2012 (*Vid. Informe SEOPAN, 2014, 35* accesible en: [chrome-extension://efaidnbmnniibpcajpcglclefindmkaj/https://seopan.es/wp-content/uploads/2016/04/SEOPANInformeEconomico2014.pdf](https://seopan.es/wp-content/uploads/2016/04/SEOPANInformeEconomico2014.pdf)). A partir de la crisis inmobiliaria el peso del sector de la construcción en el PIB ha ido disminuyendo paulatinamente (5,1% en 2014, 5,2% en 2015, 5,3% en 2016 y 2017, 5,4% en 2017 y 5,7% en 2019 y 2020). *Vid.* <https://es.statista.com/estadisticas/549605/aportacion-del-sector-de-la-construccion-al-pib-en-espana/>.

En 2021, el producto interior bruto de España creció un 5% respecto al año anterior, pasando de 1,12 billones a 1,20 billones de euros. De cumplirse las previsiones del Banco de España, el PIB español podría crecer entre un 3,9% y un 4,8% en 2022.

<sup>10</sup> CORRALES ROMEÓ, J.A./GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, J. (1991): *Sociedades de Financiación, Leasing y Factoring*, Edit. Civitas, nota 20 240. En la actualidad los bancos también ofrecen esta modalidad de *leasing*.

<sup>11</sup> El fuerte encarecimiento del gas natural registrado ya en 2021 situó su precio medio un 350% por encima del registrado en 2020 (+500% de subida media interanual en el periodo septiembre-diciembre), mientras que el precio del petróleo Brent en \$/barril se incrementó un 69% en 2021 y un 57% adicional en el periodo enero-febrero de 2022 en comparación con los dos primeros meses de 2021. Datos obtenidos del Informe DBK Informa, de 3 de marzo de 2022, «Impacto de la Guerra de Ucrania en Sectores de la economía española», accesible en: [https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content\\_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/6221e6e701ad9e00b9a47b74/files/Impacto\\_de\\_la\\_Guerra\\_de\\_Ucrania\\_en\\_Sectores\\_de\\_la\\_Econom\\_a\\_Espa\\_oa.pdf?1646388967](https://cdn.informa.es/sites/5c1a2fd74c7cb3612da076ea/content_entry5c5021510fa1c000c25b51f0/6221e6e701ad9e00b9a47b74/files/Impacto_de_la_Guerra_de_Ucrania_en_Sectores_de_la_Econom_a_Espa_oa.pdf?1646388967). Como consecuencia de esta situación el Gobierno ha dictado el Real Decreto Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

<sup>12</sup> Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 21 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2276], 23 de enero de 2004 [RJ 2004, 208], y 29 de junio de 2016.

<sup>13</sup> De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 250] «La cláusula de cesión de acciones contra el vendedor que pacta la arrendadora en *leasing* y adquirente del bien designado por el arrendatario en favor de este responde a su verdadero papel en la compleja operación, que no es el adquirir para sí y para su uso el bien sino para cedérselo en arrendamiento al que lo ha elegido y por ello lo ha comprado, y es usual y completamente normal en esta clase de contratos (SS. de 26 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1264] y 24 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3927])».

<sup>14</sup> Para un desarrollo del tratamiento fiscal del *leasing* inmobiliario en el IVA, *vid.* CALVO VÉRGEZ, J. (2019). «La fiscalidad del *leasing* inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 4. Accesible en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2019\\_04.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2019_04.pdf). En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), en sentencia de 12 de octubre de 2017 [TJCE 2017, 203] ha declarado: 1) Los conceptos de «anulación» y de «rescisión» utilizados en el artículo 90, apartado 1, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, deben interpretarse en el sentido de que incluyen el supuesto en el que, en el marco de un contrato de *leasing* financiero con transmisión firme de propiedad, el arrendador en el *leasing* ya no puede reclamar el pago de las cuotas al arrendatario por haber resuelto el contrato de *leasing* financiero debido al incumplimiento contractual del arrendatario. 2) En caso de que se haya puesto fin definitivamente a un contrato de *leasing* financiero por impago de las cuotas adeudadas por el arrendatario, el arrendador puede invocar el artículo 90, apartado 1, de la Directiva 2006/112 frente a un Estado miembro para obtener la reducción de la base imponible del impuesto sobre el valor añadido, aunque el Derecho nacional aplicable, por una parte, califique tal supuesto de «impago» en el sentido del apartado 2 de este artículo y, por otra parte, no permita la reducción de la base imponible en caso de impago.

<sup>15</sup> La CIRBE o Central de Información de Riesgos, también conocida como CIR, es una base de datos que recoge la información de los préstamos, créditos (riesgo directo), avales y garantías (riesgo indirecto) que cada entidad declarante mantiene con sus clientes. No es un registro de morosos. Mensualmente y de forma agregada la CIRBE facilita a las entidades declarantes la información de las personas cuyo riesgo acumulado supera los 1.000 euros.

<sup>16</sup> El *leasing* en el ámbito agroalimentario también puede recaer sobre semovientes (ganado).

<sup>17</sup> La Ley 27/2014 derogó el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades manteniendo la continuidad del régimen de arrendamiento financiero en los términos previstos en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Para un análisis del artículo 106 LIS, *vid.* CAAMAÑO ANIDO, M.A. (2017). «Artículo 106. Contratos de arrendamiento

financiero». Sánchez Pedroche, J.A. (dir.), *Comentarios a la Ley del impuesto sobre sociedades y su normativa reglamentaria*. Tirant lo Blanch, 1611 y sigs.

<sup>18</sup> En el caso de que tal condición concurra solo en una parte del bien objeto de la operación, podrá deducirse únicamente la proporción que corresponda a los elementos susceptibles de amortización, que deberá ser expresada diferenciadamente en el respectivo contrato.

<sup>19</sup> Entidades de reducida dimensión.

<sup>20</sup> La deducción de las cantidades no estará condicionada a su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias. Y las entidades arrendatarias podrán optar, a través de una comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en los términos que reglamentariamente se establezcan, por establecer que el momento temporal se corresponde con el momento del inicio efectivo de la construcción del activo, atendiendo al cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos:

a) Que se trate de activos que tengan la consideración de elementos del inmovilizado material que sean objeto de un contrato de arrendamiento financiero, en el que las cuotas del referido contrato se satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción del activo.

b) Que la construcción de estos activos implique un periodo mínimo de 12 meses.

c) Que se trate de activos que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares y que no se correspondan con producciones en serie.

En los supuestos de pérdida o inutilización definitiva del bien por causa no imputable al contribuyente y debidamente justificada, no se integrará en la base imponible del arrendatario la diferencia positiva entre la cantidad deducida en concepto de recuperación del coste del bien y su amortización contable.

<sup>21</sup> Reglamentariamente y para evitar prácticas abusivas se podrán establecer otros plazos mínimos de duración en función de las características de los distintos bienes que constituyan su objeto.

<sup>22</sup> La Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, estableció una prórroga para los contratos de arrendamiento financiero cuyos períodos anuales de duración se iniciaran en los años 2012 a 2015, respecto al carácter constante o creciente de la parte que se corresponde con recuperación del coste del bien en las cuotas de arrendamiento financiero, dado que la situación económica seguía obligando a los arrendatarios de estos contratos a modificar las condiciones.

<sup>23</sup> El artículo 22 obligaba a las Entidades que, con carácter de habitualidad, tuvieran por objeto la realización de operaciones de arrendamiento financiero, a reunir los siguientes requisitos: a) revestir la forma de Sociedad Anónima, domiciliada en territorio nacional; b) contar con un capital desembolsado en metálico de, al menos, cien millones de pesetas, c) tener como objeto exclusivo el ejercicio de operaciones de arrendamiento financiero, y d) figurar inscritas en el registro del Ministerio de Hacienda.

<sup>24</sup> La LDIEC se refería «a las cuotas a las que se refiere el número 2 de esta disposición». En dicho número 2 se recogía para el arrendamiento financiero la duración mínima de dos años cuando tuviera por objeto bienes muebles y de diez años cuando tuviera por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. Los apartados 2 a 7 de la Disposición Adicional Séptima fueron derogados por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. La Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), adoptó esta definición al señalar «los contratos de arrendamiento financiero, regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (actualmente Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito), que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1 podrán ser inscritos en el Registro establecido en el artículo 15 de esta Ley». La Disposición Adicional Primera

de la Ley 28/1998 señala en el número 6: «Los contratos de arrendamiento financiero se inscribirán en una sección especial del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles».

<sup>25</sup> El segundo párrafo del núm. 1 de la DA Tercera de la LOSSEC, establece: «Cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario».

<sup>26</sup> La LDIEC en el artículo 1.2 señalaba «Se consideran entidades de crédito, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio». El apartado segundo del artículo 1 de este Real Decreto Legislativo —norma que deroga expresamente la LOSSEC—, tras la modificación llevada a cabo por el artículo 2.1 del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre que suprimió la letra e) (Los Establecimientos Financieros de Crédito) establecía: 2. Se conceptúan entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito.

<sup>27</sup> El título II de la Ley 5/2015 sedesarrolla por el Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó el anterior Real Decreto 692/1996, de 26 de abril.

<sup>28</sup> De acuerdo con el artículo 1 de la LOSSEC: 1. Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. 2. Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial.

<sup>29</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985) la califica como figura asimilable a la venta a plazos: El leasing inmobiliario y su inscripción registral, *RCDI*, núm. 569, 863 y sigs., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1996). El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del *leasing* financiero. M. Muñoz Cervera, U. Nieto Carol (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Vol. 2, Tomo 1, (Garantías reales. Garantías mobiliarias), Civitas, 409 y sigs.

<sup>30</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. (1971) considera el *leasing* un contrato de arrendamiento al que se le añade, en su caso, una opción de compra: «El *leasing*, aproximación a los problemas de un nuevo contrato», *RDM*, 1971, 110.

<sup>31</sup> La jurisprudencia ha calificado como arrendamiento financiero supuestos contractuales en los que el precio de la opción era muy reducido (insignificante). Y, en consecuencia, ha admitido la tercería de dominio planteada por la entidad de *leasing* (STS de 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 250]; 23 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 1037]; 16 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 832]; 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10406]; 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003, 331]; 12 de marzo de 2003 [RJ 2003, 2574]; 23 de enero de 2004 [RJ 2004, 208]; 21 de abril de 2004 [RJ 2004, 1676]; 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8038]; 31 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7350]; 13 de julio de 2006 [RJ 2006, 4967] que admite la tercería a pesar de figurar el bien [cisterna autoportante] en el Registro de Tráfico a nombre del usuario; 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 829]). No obstante, ha considerado compraventa disimulada: un contrato que no preveía ni el plazo ni el modo de ejercer la opción de compra (STS de 5 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10430]); el supuesto en que figuraba el vehículo registrado en el Registro de Tráfico a nombre del usuario (STS de 23 de julio de 2003 [RJ 2003, 6602]) —en la STS de 30 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9000) además de esa inscripción el precio de la opción era igual al de una cuota mensual y no obstante se calificó el contrato de *leasing*—; el contrato en el que figuraban letras de cambio emitidas y aceptadas por el cliente desde

el comienzo (STS de 16 de marzo de 1998 [RJ 2004, 3406]); el contrato en el que falta la opción de compra (STS de 11 de mayo de 2005 [RJ 2005, 4234]); el contrato con valor residual reducido unido a la inscripción del vehículo en el Registro de Tráfico a nombre del usuario, al no ser dicho vehículo industrial o de transporte (circunstancia que descarta su carácter de bien de equipo) y al hecho de existir una cláusula que da por sobreentendido que el cliente adquiere el bien si no comunica a la arrendadora su voluntad en contra con un mes de antelación a la terminación del contrato (STS de 11 de octubre de 2006 [RJ 2006, 996]). *Vid.* la crítica de REAL PÉREZ, A. (1989-1990) a la afirmación jurisprudencial de que el precio residual «insignificante o simbólico» en el *leasing* es indicativo de que se trata de una compraventa por no cumplir la función económica de un precio autónomo. «Leasing» y compraventa comentario a la STS. (Sala Primera) de 28 de mayo de 1990. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 76, 1989-1990, 347-354.

<sup>32</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1970). Reflexiones en torno al *leasing*, *RDM*, 1970, 605, que fue en la doctrina española el primero en hacer notar la naturaleza financiera del contrato de *leasing* definiéndolo como «operación de crédito con garantía real destinado a financiar la disponibilidad de las cosas». Igual consideración de la naturaleza financiera del contrato tienen SÁNCHEZ CALERO, F. (2008). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, McGraw-Hill, 217; COHNEN, S. (2000). El contrato, «leasing»: Aspectos de su calificación jurídica, *RJUAM*, núm. 3, 2000, 132, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2007). URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, 529, GARCÍA SOLÉ, F. (1989). La subrogación en los derechos de la compañía de *leasing* frente al proveedor o vendedor, *Act. Civ.*, 1989, 1068; MARCO ALCALÁ, L.A. (1999). Tercera de mejor derecho. Pólizas intervenidas por corredor de comercio. Preferencia, concurrencia y prelación de créditos entre póliza de contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y apertura de crédito, *CCJC*, núm. 50, p.590; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2000). La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *Leasing* en el contrato de arrendamiento financiero. Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999, *RDPat*, 2000, núm. 5, 223.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* 216, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *opus cit.* 1295, y TORRUBIA CHALMETA, B. (2011). Naturaleza jurídica y tratamiento concursal del leasing, *RDBB*, Año núm. 30, núm. 122, 94.

<sup>34</sup> PÉREZ REAL, A. (1990). El *leasing*: «un contrato complejo y atípico regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme (comentario a la STS de Sala Primera, de 26 de junio), considera que, si bien el *leasing* no es una yuxtaposición de relaciones jurídicas difíciles de compaginar, es un contrato complejo (además de atípico), Poder Judicial, núm. 19, 245.

<sup>35</sup> En la exposición de motivos del Anteproyecto se indica que la regulación del contrato de arrendamiento ha planteado diversas cuestiones discutibles, como la regulación o no del denominado arrendamiento operativo, lo que no ha parecido necesario; la propia denominación del contrato para la que, aunque la Real Academia acepta el término «leasing», de acuerdo con la regla general adoptada en materia de términos extranjeros, se ha preferido la denominación española; la necesidad de que exista una opción de compra que se ha descartado siguiendo el criterio de UNIDROIT y del Plan General de Contabilidad; y, finalmente, la reserva del contrato a las entidades de crédito, lo que se ha rechazado, aunque en la práctica sea así por aplicarse la ventaja fiscal solo a los contratos de las entidades de crédito. Sobre el arrendamiento operativo, la jurisprudencia ha señalado que «no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento» (STS de 10 de abril de 1981) y la STS de 19 de enero de 2000 [RJ 2000, 139] lo equipara al renting: Asimismo en la sentencia recurrida se distingue esta modalidad de leasing financiero, del leasing operativo —renting— en el cual la sociedad de leasing asume el riesgo de la inversión, ya que su finalidad es ceder única y exclusivamente el uso de lo adquirido.

<sup>36</sup> El artículo 512-8.2. b) excluye el arrendamiento financiero del ámbito de aplicación de las ventas con precio aplazado.

<sup>37</sup> Dispone el artículo 576-2: «Arrendador y arrendatario asumirán las obligaciones propias del arrendamiento común con las siguientes particularidades:

a) La obligación del arrendador de entregar el bien al arrendatario se entenderá deferida al tercero proveedor, de quien el arrendador haya adquirido el bien. El cumplimiento de esa obligación será exigible directamente por el arrendatario al proveedor, pero el arrendador está obligado a colaborar a tal efecto con el arrendatario, si este se lo solicite.

b) Una vez entregado y recibido por el arrendatario el bien arrendado incumbe al arrendador la obligación de mantener al arrendatario en el goce público del bien arrendado por todo el tiempo de contrato libre de derechos y pretensiones de terceros. Sin embargo, el arrendador no responde las perturbaciones de mero hecho debidas a actos de terceros, respecto de las que el arrendatario puede defenderse para impedirlas o evitarlas, como poseedor inmediato y legítimo del bien arrendado.

c) No incumbe al arrendador ninguna obligación respecto de la conservación, mantenimiento o reparación del bien arrendador, ni a su entrega de conformidad con las estipulaciones del contrato.

d) Además del uso adecuado del bien arrendado como corresponde a un empresario diligente, el arrendatario estará obligado a conservarlo y mantenerlo y a soportar todos los gastos que tal conservación y mantenimiento impliquen, incluidas las reparaciones ordinarias o extraordinarias del bien, así como a soportar el riesgo de su pérdida, total o parcial. Ni aquellos gastos ni este riesgo podrá el arrendatario repercutirlos al arrendador, ni le dispensarán, de producirse, de la obligación de satisfacer las cuotas arrendatarias previstas en el contrato.

e) Terminado el plazo del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a devolver al arrendador la plena e inmediata posesión del bien, salvo que ejerzitase la opción de compra que, en su caso, existiera».

Por su parte, el artículo 576-3 señala: «1. El arrendatario quedará subrogado en los derechos del arrendador como adquirente del bien frente al proveedor.

2. El arrendatario ejercitará estos derechos directamente frente al proveedor, en lo que se refiere a la efectiva entrega del bien arrendado conforme a las estipulaciones del contrato y libre de derechos y pretensiones de terceros. No obstante, si el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones conforme al contrato de compraventa antecedente fuese tal que obligase al arrendatario a resolver dicha compraventa, este deberá contar para ello con el consentimiento del arrendador.».

<sup>38</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010). El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después, 10-11. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n\\_E-print.pdf](http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf). Señala también este autor: «Lo que no significa que en la relación generada por el leasing no irrumpan los efectos del contrato de la financiera con el proveedor» (...) No hay en modo alguno complejidad o combinación de prestaciones propias de diferentes contratos. Y solo cuando en un contrato se produce la mezcla de prestaciones debidas por las mismas partes procede hablar de contratos complejos o mixtos», con referencia a DÍEZ PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, 361 y sigs., y en el mismo sentido «Mixed contracts». (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, Múnich, 2009, II-1.107) (...) Ahora bien, la complejidad de la operación — que no del contrato- no deja sin embargo de ser altamente significativa desde el punto de vista jurídico. Sirve por lo pronto para diferenciar el leasing financiero del operativo. Pero mucho más que eso, porque, en conjunción con todos los demás elementos del contrato de leasing, nos descubre su verdadera función económica a cuyo servicio se ponen las estructuras contractuales de la operación en su conjunto».

<sup>39</sup> De la prohibición de pacto comisorio es manifestación el artículo 1859 del Código Civil que prohíbe al acreedor apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, o disponer de ellas.

<sup>40</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de febrero de 2017 recoge los presupuestos de aplicación de la prohibición de pacto comisorio en un caso en el que se analiza la validez del compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. A este respecto señala: «El artículo 1859 del Código Civil contempla, de acuerdo con nuestro Derecho Histórico y antecedentes de nuestra codificación (Partida 5.ª, ley 41 del Tít. V y 12 del Tít. XIII y Proyecto de 1851), la prohibición del pacto comisorio que impide que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición. Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura: En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación señalados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 mayo)». Y entiende que esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, «en donde la configuración de la garantía atípica otorgada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé a su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo)».

<sup>41</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) considera que el régimen de resolución del contrato de leasing (recuperación del bien por la entidad de leasing sin tener que devolver ninguna parte de las cuotas ya percibidas) aplicado a inmuebles vulnera los más elementales principios de justicia material y da lugar a un enriquecimiento injusto para el arrendador financiero en perjuicio del propio arrendatario financiero y de cualesquier terceros que puedan ostentar algún interés legítimo en la consistencia de su patrimonio. El leasing inmobiliario como garantía real anómala, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 247.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, M.C. (2001). El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, núm. 239, 201 y sigs. Esta autora se refiere al procedimiento previsto en la LVPBM para el caso de que el usuario incumpla su obligación de pago de las cuotas previstas, siempre que el contrato esté inscrito en el RBM o conste en documentos del tipo de los descritos en los números 4 y 5 del artículo 517 LEC, esto es, en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario (disposición adicional primera.3 LVPBM). De acuerdo con DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) este procedimiento de corte interdictal que se dirige a recuperar la cosa, al prescindir de la subasta como medio para obtener el pago de lo debido con el valor de realización del bien, hace que parezca que la propiedad sobre la cosa por la empresa de *leasing* no se configure como función de garantía del pago. Sin embargo, no debe ser ésta la conclusión, sino, al contrario, la de sostener la inadecuación del procedimiento dada la verdadera función de garantía que cumple el dominio según se deduce de la articulación de los distintos elementos configuradores de la compleja operación de leasing. Por ello, este autor entiende que no le falta razón a la doctrina que sostiene que con el procedimiento de referencia se legitima el pacto comisorio. En su opinión, «la diferencia de trato sin embargo se recorta e incluso desaparece si, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de abril del 2001) el procedimiento indicado se considera dirigido a la recuperación de la cosa por lo que no puede ejercitarse si, previa o simultáneamente, no se ejerce la verdadera acción resolutoria del contrato. Y, por supuesto, al margen quedan las pretensiones dirigidas propiamente al pago, tanto de las cuotas debidas por el usuario como de la indemnización correspon-

diente al incumplimiento. Es razonable sostener que la acción quasi-interdictal indicada antes no ha de convertirse en fuente de enriquecimiento injustificado al combinarse con la acción resolutoria. Un criterio satisfactorio en este sentido consiste en que no debe aceptarse que el incumplimiento del contrato resulte ventajoso para la financiera. Así lo señaló acertadamente la sentencia de 12 de junio de 1998<sup>42</sup>. El contrato... *opus cit.* 27 y 28.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) también considera que la resolución del contrato por incumplimiento no debería dar lugar a un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero y de los terceros interesados en su patrimonio; y, además, que el crédito del arrendador financiero no debería beneficiarse de una preferencia crediticia superior a la de un acreedor hipotecario, El leasing inmobiliario..., *opus cit.* 248.

<sup>44</sup> La STS de 15 de abril de 2010 [RJ 2010, 3536] recuerda otras sentencias referidas a la figura del leasing inmobiliario, leasing de retorno o *lease-back*, y su relación con la prohibición legal del pacto comisorio, singularmente de 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5082] y 2 de febrero de 2006 [RJ 2006, 494].

En relación con la posibilidad de que en el fondo de la operación pueda alojarse el pacto comisorio señala que es menester tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de leasing o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la titularidad de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con las consiguientes consecuencias en relación con la falta de legitimación del arrendador para formular tercera dominio, con la posible aplicación de la LRU (Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios) o con la vulneración de la prohibición del pacto comisorio. Entre dichos elementos, señala: [...] 7) El equilibrio entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien objeto del mismo «requisito subrayado por las SSTS de 16 de mayo de 2005 y 10 de febrero de 2005», y la sustancial equivalencia de las sumas establecidas con el valor real de bien «cuya falta es especialmente significativa cuando existe una situación de dificultad económica de la empresa arrendataria», unido al carácter homogéneo o progresivo de la amortización (art. 115.4 TR Ley del Impuesto sobre Sociedades) como elemento especialmente demostrativo del mantenimiento de la finalidad económico-social propia del arrendamiento financiero de facilitar mediante un especial régimen de uso de determinado bien o bienes de carácter instrumental, del que este ha querido desprenderse con anterioridad, las actividades productivas del arrendatario. 8) El equilibrio de las prestaciones establecidas en función de la amortización del bien y de la carga financiera, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, las circunstancias económicas concurrentes, los tipos de interés habituales en operaciones de arrendamiento financiero similares, la posible situación de dificultad de la empresa concesionaria y, según algunas posiciones doctrinales, el equilibrio, en caso de incumplimiento, entre las prestaciones de ambas partes, en proporción a los perjuicios de carácter financiero que supone para el concedente la frustración del contrato por incumplimiento y, una vez más, en consideración al carácter de bienes muebles e inmuebles del objeto del contrato y la peculiar naturaleza de cada uno de ellos en cuanto a su posible depreciación.

<sup>45</sup> La resolución de 28 de enero de 2020 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el pacto comisorio en un contrato de préstamo con opción de compra señala: «El pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis, rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia, que ha declarado reiteradamente que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la

prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores. También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. Las más recientes aportaciones doctrinales sobre la materia vienen a poner de relieve que la vigencia de la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento es innegable, extendiéndose dicha prohibición tanto a fórmulas típicas como atípicas (entre las cuales se encuentra la opción de compra en garantía). Y no obvian que todos los procedimientos legales de ejecución tienen, como objetivo común, obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes en beneficio tanto del acreedor como el deudor; y que una de las finalidades perseguidas con la prohibición del pacto comisorio es proteger no solo los intereses del deudor (evitando que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al importe de la deuda), sino también proteger los intereses de los demás acreedores del deudor. Razón por la que se considera que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello podría admitirse tal pacto siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión».

<sup>46</sup> Para el desarrollo del contenido del contrato nos remitimos a DE LA CUESTA RUTE, J.M.: *El contrato..., opus cit.* 21 y sigs.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ VAZQUEZ, J.C., *opus cit.* 1298.

<sup>48</sup> En contra de la calificación del arrendamiento financiero como derecho real se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia 439/2016, 29 de junio de 2016 dictada en materia de concurso al señalar: «Se ha destacado el componente arrendatario en la relación entre la entidad financiera y el titular del derecho a usar el bien mueble, de tal forma, que el arrendatario financiero del bien no adquiere un derecho real sobre él (a su poder le faltan las características de inmediatividad o inherencia y absolutividad que son propias de tal categoría de derechos), sino el derecho a usar la cosa ajena, obligándose el arrendador a mantenerle en el uso pacífico de la misma. El dominio corresponde a la compradora y arrendadora financiera y no resulta limitado por ningún derecho real sobre cosa ajena a favor del arrendatario».

<sup>49</sup> En este sentido la DGRN de 18 de marzo de 2014 señala: «Por tanto, la relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento, ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsito una facultad potestativa de adquisición.» La RDGSJFP de 30 de septiembre de 2020 refiriéndose a esta resolución señala: «No puede embargoarse aisladamente una de las relaciones jurídicas que comprende el contrato, porque ambas van indisolublemente unidas. Si se ejecutase el embargo de solo la opción, se desconfiguraría el arrendamiento financiero, dando cabida a un tercero que ostentaría un derecho independiente del cumplimiento de las obligaciones, las del arrendamiento, que lo justifican y permiten su ejecución, aparte de que pudiendo ser el valor residual ínfimo, tal y como se ha dicho, se produciría un más que probable enriquecimiento injusto del adjudicatario, ya que el importe de las cuotas constituye parte del valor final del bien que se amortiza conforme se van satisfaciendo».

Cabe señalar que sido más oportuno que las resoluciones se refiriesen al embargo aislado de «derechos» en lugar de embargo aislado de «relaciones jurídicas» por cuanto que la relación jurídica entre el arrendador financiero y el usuario es única. La opción de compra es una facultad que si se ejercita da lugar al nacimiento de un nuevo contrato (una nueva relación jurídica) distinto del *leasing*.

<sup>50</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M., *El contrato..., opus cit.* 21. Por su parte REVERTE NAVARRO, A. (2010) entiende que si bien para la validez del leasing basta la concurrencia de los elementos esenciales del contrato consensual. No precisa, por tanto, forma determinada. Sin embargo, la complejidad de sus caracteres y efectos propugna la formalidad escrita, como requisito «ad solemnitatem», no «ad probationem», siguiendo el sentido de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil: *El contrato de leasing, Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXV, núm. 1-2-3-4, 85.

<sup>51</sup> El apartado 2 del artículo 517 LEC señala: «Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...]»

4.<sup>º</sup> Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

5.<sup>º</sup> Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos».

<sup>52</sup> Así lo señala DE LA CUESTA RUTE, «*El contrato..., opus cit.* 21.

<sup>53</sup> En igual sentido, STS de 28 de julio de 2011 que más desarrolladamente señala: «El artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente. Sin embargo, la misma Ley, tratándose de contratos de arrendamiento financiero —regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito— que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1, contempla la inscripción como una mera posibilidad no revestida del carácter de esencialidad —apartado 1 de la disposición adicional primera—. A la vez, dicha disposición adicional —apartado 2— faculta al arrendador financiero para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mediante el ejercicio, entre otras, de la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, si es que aquel consta en alguno de los documentos a que se refieren los ordinarios cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, la misma norma —apartado 3— permite al arrendador, en caso de incumplimiento del contrato, la recuperación del bien, con tal de que aquel conste en documento del tipo dicho o inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes muebles. De otro lado, el artículo 56 de la Ley 22/2003, al referirse a la ejecución de garantías reales, tampoco exige como requisito necesario o esencial la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el referido registro. Antes bien, admite como alternativa para el ejercicio de la acción de recuperación del bien arrendado, la formalización de aquel en documento que lleve aparejada ejecución. En definitiva, no cabe negar que el contrato fuente del crédito de la recurrente, dado el documento en que se formalizó, era oponible a terceros, conforme a su legislación específica» y STS de 27 de septiembre de 2011. No recoge esta tesis la STS de 29 de junio de 2016.

<sup>54</sup> Las reglas que para la recuperación del bien cedido en arrendamiento establece el apartado 3 de la disposición adicional primera de la LVPBM son las siguientes:

a) El arrendador, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, requerirá de pago al arrendatario financiero, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación. Asimismo, se apercibirá al

arrendatario de que, en el supuesto de no atender el pago de la obligación, se procederá a la recuperación de los bienes en la forma establecida en la presente disposición.

b) El arrendatario, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al arrendador financiero o a la persona que este hubiera designado en el requerimiento.

c) Cuando el deudor no pagare la cantidad exigida ni entregare los bienes al arrendador financiero, este podrá reclamar del tribunal competente la inmediata recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero, mediante el ejercicio de las acciones previstas en el número 11.<sup>o</sup> del apartado primero del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) El Juez ordenará la inmediata entrega del bien al arrendador financiero en el lugar indicado en el contrato. Todo ello, sin perjuicio del derecho de las partes a plantear otras pretensiones relativas al contrato de arrendamiento financiero en el proceso declarativo que corresponda.

La interposición de recurso contra la resolución judicial no suspenderá, en ningún caso, la recuperación y entrega del bien.

<sup>55</sup> Así lo hace notar DE LA CUESTA RUTE, J.M., *El contrato*, *opus cit.* 20. Señala el párrafo 4 del artículo 24 ORBM: En caso de ejecución forzosa contra bienes muebles, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el momento en que conste en autos, por certificación del registrador, que dichos bienes figurán inscritos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro.

<sup>56</sup> El Centro Directivo recuerda que la naturaleza del derecho de opción de compra, aisladamente considerada, es discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para una parte de la doctrina y jurisprudencia se trata de un derecho personal porque no otorga un poder directo sobre la cosa —SSTS de 9 de octubre de 1987, 6 de noviembre de 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000 entre otras—, y para otra es un derecho real —SSTS de 10 de septiembre de 1998 y 26 de septiembre de 1991—. También la DGRN ha considerado el derecho de opción como derecho real inscribible en la resolución 7 de diciembre de 1978 y como derecho personal en la resolución de 7 de septiembre de 1982.

<sup>57</sup> En el contrato de arrendamiento financiero inscrito en el Registro de la propiedad en el que se estipulaba que «el arrendatario financiero no podrá, sin el previo consentimiento expreso y escrito del arrendador financiero, ceder, vender, traspasar o aportar, total o parcialmente, los derechos que a su favor dimanen del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, aunque se tratase de sucesor o continuador de su negocio».

<sup>58</sup> En esta línea DE LA CUESTA RUTE, J.M., para quien: «a partir de la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles, que es un registro jurídico, y visto lo que en él se dispone sobre la inscripción del *leasing* y de la opción de compra, debe concluirse la semejanza entre el derecho de opción en nuestro caso y el derecho de opción inscrito en el Registro de la Propiedad. La aplicación, pues, a nuestro caso por analogía de lo dispuesto en el art.14 del Reglamento Hipotecario parece más que justificada», *«El contrato*, *opus cit.*, 23.

<sup>59</sup> La Ley Concursal hacía referencia expresa al leasing en dos preceptos: el número 1 del artículo 56, y el apartado 4.<sup>o</sup> del número 1 del artículo 90, ambos pensados para el concurso del usuario de leasing, que en la práctica es el supuesto más frecuente. No se previó ni, por tanto, se reguló, el concurso de la entidad de arrendamiento financiero, ni el del fabricante o proveedor del bien (vendedor). El artículo 56 LC se ubicaba en la Sección 2.<sup>a</sup> (De los efectos sobre las acciones individuales), del Capítulo II (De los efectos sobre los acreedores), del Título III (De los efectos de la declaración de concurso), y el artículo 90 dentro de la Sección 3.<sup>a</sup> (De la clasificación de los créditos), Capítulo III (De la determinación de la masa pasiva), del Título IV (Del

informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso).

<sup>60</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) El contrato..., *opus cit.* 30. De acuerdo con los números 2 y 3 del artículo 239 TRLCon, «2. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal. 3. La sentencia que se dicte en el incidente de separación será directamente apelable. La tramitación y la resolución de este recurso de apelación tendrán carácter preferente».

<sup>61</sup> Así lo señaló, vigente la Ley Concursal, la SAP Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2013 (*AC* 2014, 166).

<sup>62</sup> De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1124 del Código Civil. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

<sup>63</sup> De acuerdo con el artículo 517.2 de la LEC, «Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: [...]»

4.<sup>º</sup> Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes, 5.<sup>º</sup> Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos».

<sup>64</sup> AZOFRA VEGAS, F. (2020) considera que la acción de recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero a la que se refiere el artículo 150.3 TRLCon es la prevista en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la LVPBM que, tras establecer la posibilidad de inscribir en el RVPBM los contratos de arrendamiento financiero que reúnan las características señaladas en el artículo 1, faculta al arrendador para, en caso de incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero que conste en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> del apartado segundo del artículo 517 LEC o que se haya inscrito en el RVPBM y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, para recuperar el bien conforme a una serie de reglas. De acuerdo con este autor, «la acción se ejerce frente a cualquier incumplimiento del arrendatario y la reclamación dependerá de lo que hayan pactado las partes, con lo que puede incluir únicamente lo impagado, el vencimiento anticipado de las cuotas y también el ejercicio forzoso por el arrendatario de la opción de compra residual. La acción se conduce por un procedimiento similar al de la acción de recuperación de bienes muebles vendidos a plazos del apartado anterior (art. 150.2 TRLCon) con mínimas diferencias», «Art. 150» en Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, Vol I, J.I. Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E.M. Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 984.

<sup>65</sup> Recordemos que el núm. 2 de la disposición adicional primera de la LVPBM faculta al arrendador financiero para recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por dicha Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y señala que únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de arrendamiento financiero que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> del apartado segundo del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>66</sup> *Vid.* MARTÍNEZ ROSADO, J. (2006). El leasing financiero mobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *RDCP*, núm. 2, 2005, 278 y 284, y SANJUAN y MUÑOZ, E. (2006). El arrendamiento financiero como crédito en el concurso, *RDCP*,

núm. 4., 137 y 149, se refieren a la opción de inicio o de continuación de la acción de recuperación de bienes no afectos.

<sup>67</sup> Para un análisis de los artículos 145 a 149 TRLCon nos remitimos a AZOFRA VEGAS, F. (2020). «Arts. 145 a 149» en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol. I, Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.), Enrique Sanjuan y Muñoz (dir.), Eva María Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 2020, 963 y sigs.

<sup>68</sup> Esta opción ha sido muy empleada, por su utilidad, en los concursos de personas físicas para evitar la pérdida de la vivienda habitual gravada con hipoteca.

<sup>69</sup> El núm. 1 del artículo 430 TRLCon establece que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

<sup>70</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I (2012) considera, sin embargo, que se mantiene la fase extrajudicial de la acción de recuperación si bien se desarrollará, en su caso, ante el juez del concurso. «Tratamiento del leasing financiero en el concurso del arrendatario». *Anuario de derecho concursal*, núm. 26, 100.

<sup>71</sup> En materia de resolución contractual del *leasing* el Tribunal Supremo tiene declarado que el artículo 1255 del Código Civil permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 del Código Civil tengan o no trascendencia resolutoria (STS de 30 de abril de 2010 /RJ 2010, 4360]). Y que lo que en principio puede calificarse como obligación accesoria puede constituirse en obligación esencial del contrato si las partes lo configuran como condición resolutoria expresa (art. 1281 CC), diseñando las consecuencias del incumplimiento a través de una cláusula penal. (STS de 15 de enero de 2012 /RJ 2013, 19]). Dicha condición resolutoria expresa tiene la cobertura legal del artículo 1114 del Código Civil, en virtud de la cual las partes introducen un acontecimiento cuyo no nacimiento genera la resolución del contrato, al constituirlo en una condición de la que depende la extinción de los pactos celebrados (STS de 12 noviembre de 2014 /RJ 2014, 5697]).

<sup>72</sup> El artículo 56 (Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas), tras la modificación introducida por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, señalaba en su número 1: «Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo: [...]

c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.».

<sup>73</sup> El artículo 62.1 establecía: «La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de trato sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso».

<sup>74</sup> *Vid.* al respecto CAMPUZANO, A.B./SANCHEZ PAREDES, M.L. (2013). Los contratos financieros y el concurso de acreedores: leasing y seguro en *Los mercados*

financieros, (dirs. Conledo F. y Palomo L.R. (dir.), *Tirant lo Blanch*, 2013, 139. Y la SAP Salamanca de 20 de enero de 2014 basada en la reforma introducida por la Ley 38/2011. Sentencia luego anulada por la STS de 2 de noviembre de 2016 que confirma que dicha reforma no supone cambio en la doctrina jurisprudencial.

<sup>75</sup> El artículo 61.1 LC señalaba: «1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las reciprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso».

<sup>76</sup> *Vid.*, entre otras, SSTS de 12 de abril de 2013 [RJ 2013, 4933], 11 de julio de 2013 [RJ 2013, 5198], 11 de febrero de 2014 [RJ 2014, 1087], 24 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1756], 2 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 5116] y 12 de noviembre de 2014 [RJ 2014, 5905], 29 de junio de 2016 y 2 de noviembre de 2016.

<sup>77</sup> La Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadió un inciso final en el párrafo segundo del artículo 61.2 LC que parecía corroborar la consideración del leasing con obligaciones reciprocas para ambas partes. Ese inciso señalaba: No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado.

<sup>78</sup> Señala también la STS de 29 de mayo de 2016: La cuestión ha sido tratada por la sala en las sentencias núm. 34/2013, de 12 de febrero, 44/2013, de 19 de febrero, 492/2013, de 27 de junio, 523/2013 de 5 de septiembre, 33/2014, de 11 de febrero, 145/2014, de 25 de marzo, 652/2014, de 12 de noviembre, y 494/2015, de 12 de septiembre. En estas sentencias hemos afirmado que la Ley Concursal no define qué debe entenderse por obligaciones reciprocas. Tampoco lo hace el Código Civil. Este se limita a regular el régimen de la constitución en mora en las obligaciones reciprocas en el último inciso del artículo 1100, a prever que «la obligación imponga reciprocas prestaciones a los interesados» a la hora de establecer los efectos de la obligación condicional de dar en el artículo 1120; a establecer que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe» en el artículo 1124; y que «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» al regular la interpretación de los contratos, en el artículo 1289. Con base en esta regulación, esta sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

<sup>79</sup> En este sentido, entre otras, SAP Alicante, Sección 8.<sup>a</sup>, de 8 de septiembre de 2011 [JUR 2012, 46174], SAP Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 23 de enero de 2012 [AC 2013, 654], SAP Vizcaya, Sección 4.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2014 [JUR 2014, 23479]. Y en la doctrina, MONTSERRAT VALERO, A/TORRE DA SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J./LAGO MONTERO, J.M. (2014). «Los contratos ante el concurso de acreedores (2): concretas figuras contractuales». En AAVV (coords. M. Yzquierdo Toslada, J.M. Almudi Cid, y M. A. Martínez Lago). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Aranzadi, 249, y GALICIA AIZPURÚA, G. (2016). Naturaleza de las cuotas de *leasing* devengadas tras la declaración de concurso. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 1, 144.

<sup>80</sup> Entre otras, SAP Zaragoza, Sección 5.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2010 [AC 2010, 1489], SAP Burgos, Sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de diciembre de 2012 [JUR 2013, 40445], y SAP Pon-

tevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2012 [AC 2013, 580]. Y en la doctrina, VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. (2016). La paralización de las «acciones de recuperación» asimiladas, en AAVV. (dirs. Á. Rojo, J.C. Saénz García de Albizu, A.B. Campuzano y R. Lara). *Las ejecuciones en el concurso de acreedores*, VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Aranzadi, 10 y sigs., MARÍN LÓPEZ, M., 567. Así lo recoge AZOFRA VEGAS, F., *opus cit.* 485.

<sup>81</sup> La STS de 29 de junio de 2016 señalará también «Pese a que, como se ha expuesto, del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones reciprocas para arrendadora y arrendataria, la finalidad práctica perseguida por la arrendataria suele centrarse en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que le supone acudir a tal contrato como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. La primacía del interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual sobre el de la utilización por el tiempo pactado permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil. Por ello, para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a generalizaciones abstractas, que no tengan en cuenta el concreto régimen contractual establecido en el contrato. Desde la perspectiva civil, dejando al margen sus repercusiones tributarias, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad contractual, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendatarios con los únicos límites fijados en el artículo 1255 del Código Civil. [...] Para aplicar el artículo 61 LC, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso, entendiendo que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes ha cumplido su prestación antes de la declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal, de modo que durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las relaciones que por su estructura original no eran recíprocas».

<sup>82</sup> Para AZOFRA VEGAS, F., incluso si hay que mantener la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del carácter de contrato con prestaciones a cargo solo del arrendatario financiero en la mayor parte de los contratos de *leasing*, la contundencia del artículo 150 TRLCon hace que parezca claro que el arrendador financiero puede ejercitar las acciones de recuperación, si bien con sujeción a la suspensión temporal de los artículos 145 a 149 TRLCon, cuando los bienes cedidos sean necesarios para la actividad, en caso de incumplimiento del arrendatario. «De otro modo, el artículo 150.3.<sup>º</sup> TRLCon quedaría casi completamente privado de significado», *opus cit.*, 986.

<sup>83</sup> La previsión del artículo 155.2 LC se contiene en el actual el artículo 430.2TRLCon.

<sup>84</sup> La entidad de arrendamiento financiero presentó demanda de incidente concursal solicitando la resolución del contrato de arrendamiento financiero mobiliario concertado con la sociedad concursada por falta de pago de las cuotas mensuales, y la condena a la concursada a la inmediata restitución a la arrendadora financiera de los equipos objeto del contrato, así como el reconocimiento de una serie de créditos a su favor, cuya calificación dependía en algún caso de la efectiva restitución de los equipos. El Juzgado Mercantil dictó sentencia estimando la demanda en lo relativo a la resolución del contrato y la restitución de los bienes objeto de este, y la desestimó en lo relativo al reconocimiento y calificación de créditos, puesto que la lista de acreedores no había sido impugnada en su día, por lo que debía mantenerse la calificación contenida en la misma. La concursada apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso considerando procedente la resolución del contrato con base en el artículo 62 de la Ley Concursal, entendiendo aplicable los efectos previstos en el apartado 4.<sup>º</sup> de dicho precepto legal respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento y de las ya vencidas. La concursada interpuso recurso de casación contra esta sentencia que el Tribunal Supremo estimó.

<sup>85</sup> El número 2 del artículo 165 TRLCon dispone: «Antes de presentar la demanda ante el juez del concurso, las personas legitimadas podrán solicitar al letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso. Celebrada la comparecencia, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. Si hubiere discrepancias, cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el apartado anterior».

<sup>86</sup> El anterior artículo 61.2 párrafo segundo LC no recogía de modo expreso la posibilidad de instar la resolución en interés del concurso no existiendo causa para ello. No obstante, a igual conclusión se llegaba por la remisión que realizaba el precepto al párrafo primero. Este se refería a contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, lo que no parecía exigir un incumplimiento. De otra parte, el párrafo primero del artículo 61.2 LC se refería a «los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte», ahora, con el artículo 165 TRLCon se amplian los casos de resolución. *Vid.* al respecto el OTERO COBOS, M.T. (2020), Comentario al artículo 165 TRLCon. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol I, Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.), Enrique Sanjuan y Muñoz (dir.), Eva María Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 1073 y sigs.

<sup>87</sup> DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) El contrato, *opus cit.* 13.

<sup>88</sup> Señalan que con ello se olvida que el leasing no representa ninguna figura de garantía real PACHECO CAÑETE, M. (2005). Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la ley concursal, *RDM*, p.109, y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2004). En Sánchez-Calero GUILARTE, J. y GUILARTE Gutiérrez, V. (dirs.). *Comentarios a la Legislación Concursal*, T.II, Lex Nova, 1626. GONZÁLEZ VAZQUEZ, J.C., considera que contrariamente a lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal «planteamientos realistas que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos y perturbar el mercado del crédito [...] no impidan, sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso», se menoscaba la naturaleza del *leasing* sin aportar una solución más beneficiosa a los intereses del concurso, *opus cit.* 1324.

<sup>89</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. (2010). Artículo 90. *Comentarios a la Ley Concursal. Tomo I. 2.ª ed.* (dir. F. Cerdón Moreno), Aranzadi, 1031.

<sup>90</sup> *Vid.* al respecto ALONSO LEDESMA, C. (2020), que considera que el arrendador financiero ostenta una doble condición: la de propietario del bien y la de acreedor con garantía sobre dicho bien, que, frente al usuario arrendatario que incumple el contrato, le permite optar por resolver dicho contrato y recuperar el bien cuando finalice la paralización de la acción o exigir su cumplimiento y reclamar las cuotas pendientes, incluida la correspondiente al valor residual, dado que su crédito es privilegiado: «Artículo 270» en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Vol II, J.I Peinado Gracia (dir.), E. Sanjuan y Muñoz (dir.), E. M. Cascales Domínguez (coord.), Sepín, 536. HERBOSA MARTINEZ, I. señala que, en este último caso, ejecutará su crédito sobre un bien que ya no es suyo sino del arrendatario, dado que la propiedad se habrá transferido a este por el previo ejercicio de la opción de compra, y que se ha integrado en la masa activa del concurso, *opus cit.* 67.

<sup>91</sup> GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 90. En Rojo, A./Beltrán, E.M., (dirs.). *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, T. 1, 1624.

<sup>92</sup> ALONSO LEDESMA, C., *opus cit.* 536, con cita de PARRA LUCÁN, M.A. (2005) La función de garantía del leasing financiero mobiliario. *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2226 y 2227 y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). El arrendamiento financiero. En Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, T. II, 564.

<sup>93</sup> ALONSO LEDESMA, C., señala que la modificación de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 9/2015, que sustituyó la expresión «los créditos por cuotas de arrendamiento financiero» por «los créditos por contratos de arrendamiento financiero» podría hacer pensar que el privilegio se extiende a los intereses moratorios, indemnizaciones de daños y perjuicios, cláusulas penales etc., que tradicionalmente se entendía que quedaban fuera, *opus cit.* 537.

*(Trabajo recibido el 24 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)*