

# La configuración del arrendamiento financiero (LEASING) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional (\*)

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La configuración del arrendamiento financiero en la jurisprudencia. 3. La configuración del arrendamiento financiero según la Ley de 29 de julio de 1988. 4. La configuración del *leasing* en el Convenio internacional del *Unidroit* de 1988. 5. El control de las condiciones generales en el arrendamiento financiero. 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCION

En el estudio que se publicó en el *Anuario de Derecho Civil* en 1982 (1), informamos, entre otros extremos, sobre la importancia económica alcanzada hasta entonces por el *leasing* financiero en nuestro país. En el año 1975 este tipo de operaciones alcanzaron la cifra de diez mil millones de pesetas, lo que representó un aumento del 17,64 por 100 en relación con el año anterior. Al mismo tiempo creció extraordinariamente el número de las sociedades dedicadas al *leasing* financiero, que de ocho existentes en el año 1972 pasaron a ser más de treinta en 1974.

Con la publicación del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y del Real Decreto de 31 de julio de 1980, se va a impulsar enormemente el desarrollo de esta operación financiera, debido al régimen

---

(\*) Este estudio constituye el texto de la conferencia preparada para su exposición en las «Jornadas sobre las condiciones generales de la contratación» que, organizadas por la UNED, tuvieron lugar en Gijón los días 26 y 27 de abril de 1991.

(1) CABANILLAS, *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*, ADC, 1982, págs. 41 y ss.

fiscal que establecían ambas disposiciones legales, muy favorable para los sujetos que intervienen en este peculiar negocio, de procedencia anglosajona. Por ello se dice que la «Edad de Oro» del *leasing* financiero surge con la promulgación de dichas disposiciones (2).

A pesar de que la Ley General de Presupuestos del Estado de 1988 afecta fiscalmente al *leasing* o arrendamiento financiero, de igual manera que la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, no por ello se ha producido un retroceso en esta operación financiera, debiendo tenerse en cuenta que los próximos años nos traerán al *leasing* sin fronteras, en línea con la integración de España en la Comunidad Económica Europea y la política comunitaria. Esto explica que en el año 1988 se haya aprobado, al fin, el Convenio del *Unidroit* sobre el *leasing* y el *factoring* internacional.

En el año 1988, España ocupó el cuarto puesto en Europa, superando en inversión el billón de pesetas, cifra que significa algo más del 25 por 100, cifra superior a la de la mayoría de los países europeos.

Atendiendo a la distribución sectorial, los bienes de equipo (37,9 por 100) y la automoción (34,2 por 100) se reparten la mayor parte, aunque también tienen importancia los sectores de los inmuebles (14,4 por 100) y la informática (8 por 100).

En 1989 el sector creció casi un 17 por 100 alcanzando la cifra de 1.166.657 millones de pesetas y superando la centena el número de las sociedades de *leasing* que, en su mayor parte, se integran en bancos y cajas de ahorro (3). Tal vez, la extraordinaria importancia económica del *leasing* o arrendamiento financiero, ha determinado que hayan aparecido nuevas normas legales que tratan de disciplinarlo y encauzarlo jurídicamente, persiguiéndose objetivos de política financiera, fiscal y de protección de los clientes de las sociedades de *leasing* financiero. En este sentido es sumamente importante la mencionada Ley de 29 de julio de 1988, cuya Disposición adicional séptima lo regula en aspectos importantes, configurando a la sociedad de arrendamiento financiero como entidad de crédito.

En el terreno internacional, como también hemos apuntado, existe un Convenio internacional, de gran interés, por la irrupción en nuestro país, en los próximos años, de sociedades de *leasing* extranjeras, y de la presencia de nuestras sociedades de *leasing* en Europa.

---

(2) GARCÍA-BARBÓN, *Diccionario jurídico del leasing*. Corporación financiera Hispamer, Madrid, 1991, pp. 18-20.

(3) Una amplia información, con cuadros y datos básicos comparativos, y con referencia a las principales empresas de *leasing* en España, por FONTANA HERVADA, Aspectos económico-financieros y crediticios del *leasing* sobre inmuebles, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, Córdoba, 1990, pp. 273-280; AMAT, *El leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones*, Deusto, 1990, pp. 13 y ss. y anexo 2; y SEGURADO, *Todo sobre el leasing*, Barcelona, 1989, pp. 30 y 117 y ss.

También se han publicado en los últimos años algunas sentencias importantes del Tribunal Supremo sobre el *leasing* o arrendamiento financiero, que en su conjunto constituyen una importante doctrina jurisprudencial, esencial para conocer y valorar este peculiar negocio, sobre cuya naturaleza jurídica tanto se ha discutido y se seguirá discutiendo por la doctrina. También tienen un notable interés varias sentencias de las Audiencias, especialmente para enjuiciar algunas de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero.

El análisis de la configuración jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero, teniendo en cuenta la nueva normativa sobre el mismo, así como nuestra jurisprudencia, constituye uno de los objetivos básicos que perseguimos en este estudio. También examinaremos los aspectos más destacados del Convenio sobre el *leasing* internacional. Por último, al igual que hicimos en el estudio publicado en 1982, analizaremos críticamente las cláusulas más controvertidas de las que aparecen en las condiciones generales, que son aquellas en las que la sociedad de *leasing* trata de exonerarse de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario.

También debemos subrayar que el 19 de julio de 1984 se promulgó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuya posible aplicación al arrendamiento financiero hay que plantear, y que existe un Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (1988), que cuando se concrete en ley será una pieza esencial para el adecuado control de las condiciones generales y, en definitiva, para la protección eficaz del usuario. Se afirma con razón que el *leasing* es un contrato particularmente idóneo para la experimentación de las técnicas de control judicial de las condiciones generales de los contratos (4).

No resulta sencillo establecer una definición del *leasing* o arrendamiento financiero. El procedimiento más útil consiste en mostrar, como hicimos en 1982, las relaciones que surgen entre los tres sujetos que intervienen en este negocio de financiación: a) El usuario se dirige a una sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero para que adquiera el bien que desea (normalmente, bienes de equipo o inmuebles para fines industriales o empresariales) (5) y se los ceda durante

---

(4) FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977, p. 37; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 168.

(5) No es la compraventa el único título adquisitivo posible en las operaciones de arrendamiento financiero. Cabe la construcción o fabricación del bien bajo encargo de la sociedad de *leasing*, tanto respecto de bienes de equipo (fabricación bajo pedido) como de naves industriales o, en general, edificios de cualquier género (cuya construcción sea promovida por el empresario de *leasing*, aunque concertada con una empresa constructora). En las operaciones inmobiliarias de *leasing* de construcción, este título adquisitivo puede a su vez complementarse con el de compra-venta del solar o del terreno, o con la constitución de un derecho de superficie en favor de la sociedad de

un determinado período de tiempo, a cambio de una contraprestación dineraria; b) La sociedad de *leasing*, de acuerdo con las instrucciones del usuario, adquiere los bienes designados por éste; c) El contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario está sujeto a un plazo de duración irrevocable, a cuyo vencimiento el usuario dispone de una triple opción: 1.<sup>a</sup> La devolución de los bienes cedidos a la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero. 2.<sup>a</sup> La renovación del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. 3.<sup>a</sup> La adquisición de la propiedad del bien, abonando el denominado valor residual, fijado en el contrato.

Como señala Amat (6), si se compara con otras alternativas de financiación, podría decirse que el *leasing* es más favorable a medida que aumente el número de años de vida útil de bien a financiar y se reduzca el plazo del contrato de *leasing*. Así, el *leasing* anticipa más las ventajas fiscales que otras alternativas de financiación. Por este motivo, al usuario siempre le interesará hacer un contrato en el que la duración sea menor a la de la vida útil del bien que se está financiando. Por otro lado, para que el *leasing* sea preferible a la financiación con fondos propios, el coste de oportunidad de los accionistas no ha de ser muy reducido y la empresa se ha de poder beneficiar de los incentivos fiscales.

Esto implica que en el *leasing* financiero hay que considerar, en relación con las otras posibilidades de financiación empresarial, el coste financiero, los gastos de formalización, el plazo de contrato y los incentivos fiscales. El *leasing* será, por tanto, una alternativa satisfactoria para el usuario si le reporta ventajas fiscales y financieras, y lo será para sociedad de *leasing* si ésta conserva la propiedad del bien en garantía y obtiene beneficios (7).

## 2. LA CONFIGURACION DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO EN LA JURISPRUDENCIA

Nuestra jurisprudencia (8), en cinco sentencias ha perfilado la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero, si bien apenas se ha enfrentado con el importante problema del control de las condi-

---

*leasing*, sobre el suelo donde se proyecta realizar la construcción (GARCÍA-BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATE SANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 27-28).

(6) AMAT, *El leasing*, cit., pp. 84 y ss., en especial, págs 100.

(7) AMAT, *El leasing*, cit., pp. 101 y ss., y SEGURADO, *Todo sobre el leasing*, cit., pp. 96 y ss., con un importante análisis económico financiero de las principales ventajas e inconvenientes que para el usuario y la sociedad de *leasing* reporta esta operación.

(8) Un análisis general de esta jurisprudencia por DE LA CUESTA RUTE, *Jurisprudencia sobre el leasing*, RDBB, 1987, pp. 647 y ss.; O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, AC, 1991/1, semana 31 de diciembre a 6 de enero.

ciones generales, en las que las sociedad de *leasing* se exoneran de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario, esgrimiendo su misión de mera intermediaria financiera.

El problema que más se ha planteado ante el Tribunal Supremo radica en la distinción entre el *leasing* o arrendamiento financiero y la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos o el préstamo de financiación de la compra. Esto explica que nuestro Tribunal Supremo se haya tenido que pronunciar sobre el tema de la naturaleza del *leasing* financiero, estableciendo sus diferencias con la venta a plazos o el préstamo de financiación.

Hay que subrayar que todas las sentencias se refieren al *leasing* financiero mobiliario. Todavía no se ha dictado una sentencia que contemple directamente con contrato de *leasing* financiero inmobiliario, aunque, como tendremos ocasión de mostrar, la doctrina que establece el Tribunal Supremo, en torno a la distinción del *leasing* financiero y la venta a plazos, es importante también para configurar el *leasing* financiero inmobiliario.

La mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo tienen en cuenta el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, que define al arrendamiento financiero en su art. 19, si bien parece que a efectos puramente fiscales.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que contempla un contrato de *leasing* financiero es la de 28 de marzo de 1978 (9), que resolvió una tercería de dominio interpuesta por una sociedad de *leasing*.

Una sociedad de *leasing* celebró con una empresa turística varios contratos calificados de *leasing* financiero que tenían por objeto diecinueve dictáfonos, seis teléfonos, una máquina de fotocopia, una plegadora, una máquina estampadora y un reloj de fichar. Estos materiales de oficina fueron adquiridos por la sociedad de *leasing* con anterioridad a su embargo, en virtud de compra a dos sociedades suministradoras. Después de celebrados los contratos de *leasing* y entregados los bienes a la empresa turística, como consecuencia de un juicio ejecutivo seguido contra ésta por uno de sus acreedores, los citados bienes fueron embargados. Por este motivo, la sociedad de *leasing* interpuso tercería de dominio, a fin de que se dictase sentencia declarando que los bienes embargados son de su propiedad y que se alce el embargo trabado.

El acreedor embargante se opuso a la tercería, ya que tales contratos no pueden considerarse como arrendamientos. Se trata de contratos que la doctrina anglosajona viene denominando de *leasing*, pero que en nuestro ordenamiento jurídico están encajados en la Ley sobre

---

(9) Comentada por CABANILLAS, ADC, 1980, pp. 759 y ss.

Venta de Bienes Muebles a Plazos. Por ello, la actora tercerista no es propietaria de los bienes que reclama.

El Juez de Primera Instancia declaró no haber lugar a la demanda de tercería de dominio. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial confirmó dicho fallo. Contra esta sentencia, la sociedad de *leasing* formuló recurso de casación, por infracción por el concepto de inaplicación de los arts. 1255 y 1543 del Código Civil. Partiendo del principio de libertad de pactos nos encontramos con que estas típicas operaciones de alquiler en régimen de *leasing* cabe subsumirlas en lo fundamental en el art. 1543 del Código Civil y a su vista se observa que las relaciones jurídicas debatidas se ajustan en lo fundamental a todas y cada una de las condiciones exigidas para el arrendamiento, ya que en efecto hay cesión de uso, hay un plazo de duración del arriendo prefijado y hay un precio cierto. Por lo demás, la existencia de una opción de compra no hace más que insistir en el carácter atípico de estas operaciones.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, al aceptar el criterio interpretativo de los Tribunales de Instancia, que debe prevalecer en casación, a no ser que se evidencie, por el cauce del número 1.º del mencionado art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los arts. 1281-1289 del Código Civil, o se demuestre por la vía del número 7.º del mismo artículo el error del juzgador al establecer los hechos en que la interpretación se apoya, y como ninguno de esos medios impugnatorios se utiliza en el recurso, es llano que procede su desestimación.

No parece, por tanto, que el Tribunal Supremo entre en el fondo del asunto; pero, no obstante, proclama en el considerando primero que «el determinar la concretización jurídica que corresponde a cierto contrato es un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, y en este sentido la sentencia recurrida, que hace suyos los considerandos de la de primer grado, explícitamente afirma que los contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, las condiciones particulares, denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, contratos que, en consecuencia, están sujetos a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su art. 2, y, con base en esa calificación, rechaza la demanda por considerar que no son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el art. 23 de la mencionada Ley especial».

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981 (10) constituye, sin duda, la sentencia fundamental sobre el *leasing* o

---

(10) Comentada por CABANILLAS, ADC, 1981, pp. 1.096 y ss.

arrendamiento financiero, marcando de forma precisa la naturaleza de este negocio y sus rasgos diferenciadores con la venta a plazos de bienes muebles y el *leasing* operativo, pero reconociendo la posibilidad de simulación relativa.

Las sentencias posteriores del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Instancia, van a seguir las líneas descritas con claridad y precisión por esta importante sentencia.

Necesitando la recurrente, una empresa constructora, ciertos bienes de equipo para las obras que venía realizando, convino con un proveedor la adquisición de un forjado-túnel por precio de 11.672.000 pesetas, a cuyo efecto anticipó la cantidad de 2.264.370 pesetas; pero la operación no pudo ser ultimada a causa de la deficiente tesorería de la compradora, que no logró los canales de crédito con los que esperaba contar. En tales circunstancias, una sociedad dedicada al desarrollo del *factoring* y *leasing* celebró con la empresa constructora un contrato por el que se convino que la sociedad de *leasing* adquiriría del mencionado proveedor el equipo forjado-túnel, obligándose la empresa constructora a tomarlo en arrendamiento por un período de tres años, satisfaciendo una canon arrendaticio mensual de 375.623,70 pesetas para las primeras doce mensualidades, decrecidas en las sucesivas, formalizándose en letras de cambio. Al término del período concertado la empresaria constructora podía ejercitar el derecho de opción de compra del bien arrendado mediante el pago residual en pesetas de 2.264.370 a abonarse en un solo acto. A partir del quinto mes la empresa constructora incumplió la obligación de abonar las letras de cambio, determinando su precaria situación económica el estado jurídico de suspensión de pagos.

La sociedad de *leasing* promovió demanda en ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento, con el consiguiente pedimiento de que el equipo de forjado-túnel objeto de *leasing* le fuese devuelto, por ser la única propietaria del mismo. Contra esta acción, la empresa constructora formuló demanda reconventional alegando que el pretendido *leasing* encubre una préstamo de financiación y una venta a plazos con cláusula penal que se pretende evitar pueda ser moderada por el juzgador, habiéndose concertado además un negocio transaccional entre los contratantes.

La sentencia del Juez de Primera Instancia prescindió de todo pronunciamiento sobre el contrato básico referido y acogió la reconvention por entender que ha existido acuerdo transaccional poniendo fin a las diferencias de las partes; mientras que la Sala de apelación decide calificar el contrato como un propio *leasing*, que ha incumplido la demandada, por lo que éste ha quedado resuelto al haber dejado de satisfacer el canon arrendaticio mensual. Por ello, los bienes deben ser puestos a disposición de la sociedad de *leasing*, única propietaria de los mismos, absolviendo a la parte demandante de la reconvention.

Contra esta sentencia la empresa constructora interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> La afirmación hecha por el Tribunal de Instancia con toda rotundidad de que el negocio celebrado por las sociedades contendientes constituye un verdadero y querido contrato de *leasing*, o arrendamiento financiero, cuya definición da al efectuar una tarea calificadora de su naturaleza, constituye una premisa incólume en el recurso, ya que la valoración del material instructorio realizada no ha sido reprobada por el cauce del número 7.º del art. 1692 de la Ley procesal, ni utilizando un número 1.º para alegar desconocimiento de las normas que disciplinan la exégesis contractual en los arts. 1281 y ss. del Código Civil, sin olvidar la constante jurisprudencia respecto a que la interpretación y cualificación de un negocio son cometidos atribuidos propiamente a la Sala de Instancia, sólo rectificables en casación cuando manifiestamente han sido vulneradas las normas interpretativas o los resultados obtenidos pugnan con el recto criterio. 2.<sup>a</sup> Aún cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado *leasing* financiero a la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza de ambas figuras, antes bien ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra como causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para cubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2, párrafo 2, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta. 3.<sup>a</sup> Carente tal contrato en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del Derecho privado, está claro que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto prolongado en el art. 1255 del Código Civil, que faculta a los sujetos para superar, a impulsos de las incesantes exigencias del tráfico económico, el elenco de esquemas o pautas contractuales previstas por el legislador, necesariamente limitadas, sin que ello comporte menoscabo de categoría dogmática alguna; pero sí aparece regulado en otros órdenes, como es el *leasing* automovilístico, al que se refiere

la Circular de la Dirección General de la Jefatura Central de Tráfico de 16 de febrero de 1974, y en el ámbito fiscal los Reglamentos de 3 de diciembre de 1971 y 10 de enero de 1972, la Orden de 3 de junio de 1976 (aprobatoria de las normas de adaptación al Plan General de Contabilidades a las sociedades de *leasing*), y muy en especial al Real Decreto-Ley de Ordenación financiera de 25 de febrero de 1977, que le dedica todo su título segundo bajo el rótulo «de las empresas de arrendamiento financiero» y describe la operación como «arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas constituidas en la forma prevista en el art. 22 y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario... (que) deberá incluir una opción de compra a (su) favor al término del arrendamiento» (art. 19), declarando tajantemente en su art. 21 que «a efectos de lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 2 de la Ley 50, de 17 de julio de 1965, sobre venta de bienes muebles a plazos, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente no se considerarán incluidos en el art. 1 del Decreto 1193 de 12 de mayo de 1966», lo que desde luego no será óbice a que pueda ser extraída una hipótesis de simulación relativa caso de que se pruebe que bajo el velo de un *leasing* financiero late un evidente negocio de venta a plazos de bienes muebles, como acontece en el caso contemplado por la sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 1978, que mantuvo la calificación jurídica hecha en la instancia sobre la índole negocial, atendidas «las condiciones particulares» del contrato entonces estudiado. 4.<sup>a</sup> A diferencia del denominado «*leasing* operativo», que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el «*leasing* financiero» o *leasing* propiamente dicho, especie que es la usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las empresas, recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual», rebasa el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la compañía de *leasing*, que ha desembolsado un capital importante. 5.<sup>a</sup> Mientras que en el «*leasing* operativo» la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario en el «*leasing* financiero», todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiero, corren de cuenta del usuario, a quien incluso pueden alcanzar —si así se pacta— todos los riesgos, desde el relativo a

la idoneidad del material para la explotación, funcionamiento y resultado (por subrogación convencional del usuario para el ejercicio de las acciones de saneamiento frente al vendedor), hasta el de pérdida por caso fortuito, y es en atención a tales obligaciones que alcanzan al arrendatario el concierto de garantías para asegurar su cumplimiento acompañan de ordinario al contrato de *leasing*, bien por vía de seguro, en cuya póliza figurará como beneficiario el arrendador en el evento de siniestro, ora por entrega de una cantidad para garantizar el adecuado uso, pacto que no ha de tenerse por insólito ni incompatible con la finalidad perseguida por el «*leasing* financiero». 6.<sup>a</sup> Todos los antecedentes relatados demuestran que ha existido mera cesión de uso del forjado-túnel a «Hiconsa», pero sin emplazamiento de la propiedad, retenida por «Incesa», caso de que «Hiconsa» no utilizase aquel derecho, de exigir la «recompra» de los bienes a «Ocatic, SA», según una escala de depreciación previamente calculada, como dicho queda, elemento de juicio que para algún criterio doctrinal confirma la realidad de que se trata de un arrendamiento financiero y no de la apariencia disimuladora de un contrato a plazos. 7.<sup>a</sup> Ajeno al negocio en cuestión, por su estructura y desarrollo, a toda idea de un préstamo de financiación a vendedor de los previstos en el art. 3 de la Ley de 17 de julio de 1965, y reñida también con los antecedentes expuestos toda posibilidad de tener por convenida una operación de financiación a comprador; la circunstancia de que la cantidad tomada en cuenta a «Hiconsa» por «Incesa» a título de garantía equivalga al 20 por 100 del precio total arrendatario no desvirtúa la atipicidad del contrato para subsumirlo en la reglamentación de la compraventa a plazos, como tampoco la destruye el acuerdo de que la contraprestación de la arrendataria fuera atendida con el giro de cambiales que la recurrida negoció acudiendo al descuento bancario, pues precisamente la utilización de tales operaciones de crédito responde al desenvolvimiento usual en este tipo de empresas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983 (11) sigue fielmente la doctrina de la sentencia precedente, pero, a diferencia de ésta, contempla, como la de 28 de marzo de 1978, un caso de tercera de dominio interpuesta por una sociedad de *leasing*.

Una empresa constructora concertó con una sociedad de *leasing* un contrato, estipulándose que ésta adquiriría un rodillo autopropulsado, compactador, vibrante, articulado mixto, cediéndolo en arrendamiento a la empresa constructora. Como consecuencia de un juicio ejecutivo seguido contra la empresa constructora por uno de sus acreedores, se trabó embargo sobre el citado rodillo. Ante esta situación, la sociedad de *leasing* entabló la correspondiente demanda de tercera de dominio contra la empresa constructora y el acreedor ejecutante.

---

(11) Comentada por CABANILLAS, ADC, 1984, pp. 893-894.

Este formuló oposición a la tercería promovida, alegando que no tuvo conocimiento de la existencia del contrato y que si la máquina embargada perteneciera a la sociedad tercerista, entrañaría la existencia de un contrato de venta a plazos.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de tercería de dominio y absolvió a los demandados de todos los pedimentos. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó el recurso. Contra esta sentencia, la sociedad de *leasing* interpuso recurso de casación por infracción de ley, alegando la indebida aplicación de los arts. 1, 2, 3, 6, 17 y 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, entre otros motivos. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación por las siguientes consideraciones: Que entre las formas contractuales que las necesidades en la vida social y económica han introducido en el campo jurídico se encuentran los denominados arrendamientos financieros o *leasing*, sin regulación legal hasta el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, disposición que, aunque de carácter predominantemente fiscal y financiero, recoge en su art. 19 sus rasgos característicos, tal como aparecen en la realidad social cotidiana, al conceptuarlos como operaciones, que cualquiera que sea su denominación, consisten en el arrendamiento de bienes de equipo adquiridos para dicha finalidad por empresas con dicho objeto social y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario, a cuyo arrendamiento acompaña una opción de compra, siendo, por tanto, sus notas diferenciales la cualidad del bien de equipo del objeto del contrato, la elección del mismo, en manos de fabricante o proveedor, por el futuro usuario, la adquisición de su propiedad por la empresa de *leasing* y sucesión en arrendamiento al arrendatario o usuario, con la inclusión de un pacto de opción de compra, contrato de arrendamiento financiero o *leasing* jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, pues, como dice la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1981, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que ni se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente per-

seguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulados en el párrafo 2.º, del art. 3 de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Para el Tribunal Supremo no hay duda de que nos encontramos ante un arrendamiento financiero o *leasing*, de frecuente práctica en el comercio de bienes de equipo, en el que, como se ha dicho en el anterior considerando y como es de esencia en esta figura jurídica, sólo se transmite el uso de la cosa.

La circunstancia de que el rodillo autopulsado estuviera al tiempo del embargo en la posesión material de Urbanizaciones y Pavimentos, S. A., no contradice la propiedad sobre él de la sociedad recurrente, en cuanto dicha tenencia es consecuencia obligada de la cesión de uso que el contrato de arrendamiento supone e implica a la vez la obligación de devolverlo al dueño a la finalización del contrato locativo, contrato al que no es aplicable la Ley de 17 de julio de 1965 sobre venta de bienes muebles a plazos, al no poder subsumirse en ninguno de los supuestos que dicha normativa regula.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989 (12) se ocupa de un problema diferente, el de los vicios del material cedido en *leasing* financiero, aunque el interés de la sentencia radica en la manera que configura al *leasing* o arrendamiento financiero, ratificando la doctrina de las sentencias de 18 de noviembre de 1983 y 10 de abril de 1981.

Por último, se ha publicado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 (13), en clara armonía con las tres sentencias precedentes.

Una sociedad de *leasing* adquirió una prensa de ciclo continuo de un suministrador, y en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, la cedió a la sociedad usuaria. Dicha prensa fue embargada a la usuaria por la Recaudación de Contribuciones de la zona de Baza en procedimiento de apremio seguido contra dicha sociedad por impago de determinados tributos a la Hacienda Pública. La sociedad de *leasing* interpuso demanda de tercería de dominio contra la sociedad usuaria y la Administración del Estado. Comparecido en autos el Abogado del Estado en la representación que le es propia, se opuso a la pretensión actora, alegando que el contrato suscrito era una venta encubierta y no un *leasing*.

---

(12) Comentada por ROJO AJURIA, CCJC, 1989, núm. 20, pp. 595-608.

(13) Comentada por BERCOVITZ, CCJC, 1990, núm. 23, pp. 693 y ss., y EMBID IRUJO, *La Ley*, núm. 2.645, 24 de diciembre de 1990.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la tercera de dominio ejercitada y mandó levantar el embargo por considerar a la actora titular del bien. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. Interpuesto recurso de casación por la Delegación de Hacienda, el Tribunal Supremo lo estimó.

Según el Tribunal Supremo, la ya consolidada doctrina de esta Sala (Sentencias de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 26 de junio de 1989) ha sancionado la falta de identidad entre la compraventa de bienes muebles a plazos, regulada por la Ley de 17 de julio de 1965, y el contrato de arrendamiento o *leasing* financiero, ya se considere a éste como negocio mixto en que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya como supuesto de conexión de contratos complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, caracterización acorde con la que de esta figura contractual se contiene en el Real Decreto-Ley de Ordenación Financiera de 25 de febrero de 1977, cuyo artículo 19 califica como «operaciones de arrendamiento financiero» aquellas que «cualquiera que sea su denominación, consisten 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 art. 22 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», añadiendo el art. 21 que «a efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazo, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el art. 1.º del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo».

Siendo distinta la finalidad económica perseguida con el arrendamiento financiero y la venta a plazo, su indudable semejanza facilita la utilización de la primera de esas formas negociales para ocultar una verdadera venta a fin de obtener las ventajas financieras y fiscales de aquélla, por lo que la calificación, en el caso concreto, de la convención celebrada por las partes habrá de tener en cuenta no sólo las estipulaciones formalmente establecidas, sino también la real intención de los contratantes, puesta de manifiesto a través de las reglas de hermenéutica contractual de los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, pues, como tiene declarado con reiteración esta Sala, la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquéllos.

Calificado como arrendamiento financiero el contrato, atendiendo al contenido literal de las condiciones generales y particulares figuradas en el documento privado en que aquél se instrumentó, tal

calificación contractual ha de estimarse errónea. Fijado el plazo de duración del contrato en cinco años, se pactó una renta mensual de 219.886 pesetas y como valor residual de toda la maquinaria objeto de aquél, no sólo del bien objeto de tercería, el de 214.965 pesetas, inferior, por tanto, al de una mensualidad y que representa un porcentaje del 1,62 por 100 respecto del precio total fijado en el contrato que ascendía a 13.193.160 pesetas, valor residual que ha de conceptuarse de insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, doctrina ésta recogida en la sentencia de 10 de abril de 1981, que en el caso examinado en ella no apreció el carácter insignificante o simbólico del precio de opción que ascendía a un 20 por 100 del total precio arrendaticio, siendo así que en el presente caso el valor económico de los bienes objeto del contrato quedaba satisfecho con los pagos mensuales pactados.

La consiguiente calificación del contrato cuestionado como compraventa de bienes a plazo, atendida la verdadera naturaleza jurídica del mismo, derivada de la real intención de los contratantes, revelada en su conducta coetánea y posterior a la celebración del contrato, aboca necesariamente a la estimación de la simulación relativa de los contratos, ya que bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento financiero se recogía otro de compraventa de bienes muebles a plazos, cuya causa era, no la cesión del uso de los bienes por tiempo determinado y precio cierto con opción de compra al final del plazo, sino la inmediata transmisión de la propiedad de esos bienes mediante el pago de un precio cierto, contraprestación ésta de intereses que es lo que constituye la causa de los contratos de compraventa.

La sentencia de 28 de mayo de 1990 tiene en cuenta, al igual que las sentencias que menciona como precedentes (las de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 26 de junio de 1989), el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, cuyo art. 19 define al arrendamiento financiero.

La Ley de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ha derogado al tít. II del mencionado Real Decreto-Ley (Disposición derogatoria), disciplinando el arrendamiento financiero en la Disposición adición séptima (14).

---

(14) A pesar de que la disposición derogatoria no menciona expresamente al Real Decreto de 31 de julio de 1980, relativo al arrendamiento financiero de inmuebles, debe entenderse implícitamente derogado, al haberse unificado por la Ley de 29 de julio de 1988 el régimen del arrendamiento financiero de bienes muebles e inmuebles, parece que dicho Real Decreto debe considerarse derogado en su totalidad.

La nueva regulación deberá ser tenida en cuenta por nuestra jurisprudencia, si bien es de prever que ello no va a implicar alteración de su doctrina sobre la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero.

### 3. LA CONFIGURACION DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO SEGUN LA LEY DE 29 DE JULIO DE 1988

La citada Ley de 29 de julio de 1988 aborda, según afirma su Exposición de Motivos, la regulación general de las operaciones de arrendamiento financiero (15).

La pretendida regulación general aparece, sin embargo, en la Disposición adicional séptima, donde no sólo se contemplan los aspectos fiscales de las operaciones de arrendamiento financiero, aunque de la propia Exposición de Motivos se deduce la especial preocupación del legislador por el tratamiento fiscal, ya que la regulación precedente equivalía a la admisión de un principio ilimitado de libertad de amortización. Así se establece la desagregación de las cuotas de arrendamiento en un componente de carga financiera y otro de recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, que sería el equivalente al concepto de amortización en el caso de una adquisición definitiva. Se acepta el principio de que ese segundo componente constituye un gasto amortizable para el arrendatario, pero se dispone que deberá ser de cuantía igual o creciente a lo largo del período contractual, para evitar una anticipación de gastos amortizables a través de cuantías decrecientes (apartados 5, 6 y 7 de la Disposición adicional séptima) (16).

El apartado 1 de la citada Disposición adicional séptima dispone que «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 las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de

---

(15) Sobre esta Ley, *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. Edición dirigida por TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Madrid, 1989.

(16) Sobre el tratamiento fiscal del arrendamiento financiero en la Ley de 29 de julio de 1988, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 67-69 y 107-108; PIÑAR MAÑAS, *Comentarios a la Ley de Disciplina*, etc., pp. 182-183; MALDONADO, Aspectos fiscales del *leasing* sobre inmuebles, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 147 y ss.

servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

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».

La obligada afección de los bienes a las explotaciones del usuario, significa fundamentalmente que el arrendamiento financiero sólo puede ser celebrado con empresarios o profesionales, y que los bienes que constituyen el objeto del contrato deben constituir necesariamente un equipamiento (mobiliario o inmobiliario) de una actividad empresarial o profesional.

El arrendamiento financiero se presenta como un instrumento de financiación dirigido a facilitar las inversiones empresariales o profesionales. Queda al margen de la actividad de las sociedades de arrendamiento financiero la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles para fines personales o particulares. Por este motivo no cabe concertar un arrendamiento financiero sobre un inmueble destinado a vivienda de quien actúa como usuario, o sobre vehículos que van a ser usados para consumo particular. No obstante, es posible que las viviendas sean objeto de arrendamiento financiero cuando el usuario las va a explotar a su vez en régimen de alquiler en favor de terceros; lo cual ha sido admitido explícitamente por la Dirección General de Política Financiera en Resolución de 9 de febrero de 1987, o sobre vehículos de turismo que van a ser explotados por el usuario en régimen de *renting*, o utilizados por un empresario o profesional al servicio de su actividad productiva.

El apartado 2 se refiere tanto a la duración mínima del contrato como a su objeto, al disponer que «los contratos a que se refiere la presente disposición tendrán una duración mínima de dos años cuando tengan por objeto bienes muebles y de diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. No obstante, el Gobierno, para evitar prácticas abusivas, podrá establecer otros plazos mínimos de duración de los mismos en función de las características de los distintos bienes que pueden constituir su objeto».

Se excluyen, por tanto, del ámbito del arrendamiento financiero los bienes consumibles y aquellos cuya duración física o jurídica sea inferior a la de dos años si se trata de un bien mueble, o diez años, si se trata de un bien inmueble.

La determinación de un plazo de duración mínima de los contratos de arrendamiento financiero obedece a una justificación bastante

clara: una duración excesivamente corta perjudicaría al usuario, que habría de soportar cuotas muy elevadas. Precisamente, del propio apartado 2 se desprende que se trata de evitar prácticas abusivas, por lo que el Gobierno puede establecer otros plazos mínimos de duración en función de las características de los distintos bienes que pueden constituir su objeto.

Fijada una determinada duración, el contrato no puede ser revocado unilateralmente. Puede, sin embargo, renovarse a su término, tal como se establece en las condiciones generales que operan en el tráfico.

En relación con el precio del contrato, el apartado 3 establece que «las cuotas de arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda» (17).

El apartado 4 completa al anterior, disponiendo que «el importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual».

La composición interna del precio del arrendamiento financiero y, por consiguiente, de cada cuota, no se mostraba en las condiciones generales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 29 de julio de 1988. Ahora debe figurar la parte de cada cuota destinada a la recuperación del coste del bien, a las cargas financieras y, en su caso, a otros conceptos. Además, cuando el bien de que se trate sea amortizable sólo en parte, debe diferenciarse en el contrato las partes de la cuota correspondientes a recuperación del coste de elemento amortizable del bien y del elemento no amortizable, por razones fundamentalmente fiscales.

En el contenido de la carga financiera se integran el importe de las comisiones y los intereses, que se determinan en función de la inversión (coste de adquisición del bien), de la duración del contrato y del tipo de interés aplicable.

El apartado 8 establece que «las sociedades de arrendamiento financiero tendrán por objeto social exclusivo la realización de operaciones previstas en la presente disposición. Con carácter previo a la iniciación de las operaciones, dichas sociedades deberán obtener del Ministerio de Economía y Hacienda la correspondiente autorización y quedar inscritas en el Registro especial de esta clase de sociedades que se crea en el Banco de España».

---

(17) Sobre los aspectos económicos del cálculo de la cuota, AMAT, *El leasing*, cit., pp. 65 y ss., y SEGURADO, *Todo sobre el leasing*, cit., pp. 84 y ss.

En relación con las empresas de arrendamiento financiero existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 29 de julio de 1988, hay que tener en cuenta lo que dispone la Disposición transitoria primera.

El apartado 8 está en conexión con el art. 43 de la Ley, al exigir la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, para la creación de todas las entidades de crédito, entre las que se incluyen las de arrendamiento financiero.

A tenor del apartado 10, «a partir del 1 de enero de 1990, las operaciones de arrendamiento financiero previstas en este artículo también podrán ser desarrolladas por las entidades oficiales de crédito, los Bancos, las Cajas de Ahorro, incluida la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros y las Cooperativas de Crédito, cumpliendo en todo caso las condiciones previstas en esta norma legal y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen».

Se establece de esta manera una norma que concuerda con la realidad, pues las más importantes sociedades de arrendamiento financiero están en estrecha relación con los Bancos y las Cajas de Ahorro, que constituyen, bajo su dependencia, este tipo de sociedades (18).

Por último, el apartado 9 «faculta al Gobierno para regular, en lo no previsto en esta disposición, el régimen al que deban ajustar su actuación las sociedades de arrendamiento financiero», tratándose de una delegación, que en opinión de Piñar Mañas (19), plantea serias dudas de legalidad y puede ser enormemente perturbadora.

El transcrito apartado 9 conecta con la norma general del art. 48.2 de la Ley que «faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en su aspectos sustanciales y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda: a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control adminis-

---

(18) Un cuadro completo de los principales grupos bancarios donde se integran las sociedades de arrendamiento financiero o *leasing*, de nuestro país por AMAT (*El leasing*, cit, p. 20), con información sobre la inversión y la producción.

(19) PIÑAR MAÑAS, *Comentarios*, cit., pp. 177.

trativo sobre dichos modelos. *b)* Imponer la entrega al cliente de un ejemplar de contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito. *c)* Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación. *d)* Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización».

En relación con lo dispuesto en este precepto, se ha promulgado la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989. La finalidad de la misma aparece reflejada en el preámbulo: El art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquéllas, establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unas y otros, exija la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y regule determinados aspectos de su publicidad.

Conviene, por ello, hacer extensivas al conjunto de las entidades de crédito las normas que, en materia de tipos de interés, comisiones, normas de actuación e información a clientes, estableció ya para las entidades de depósito la Orden de 3 de marzo de 1987, así como refundir su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconseja.

El capítulo I de la Orden se refiere al tipo de interés, comisiones y obligaciones de información.

Del número 7 se infiere la obligatoriedad de que las sociedades de arrendamiento financiero entreguen a su cliente un ejemplar del documento contractual en que se formalice la operación, suscrito, además de por el cliente, por persona con poder para obligar a la entidad.

El contrato debe recoger de forma explícita y clara las siguientes circunstancias: *a)* El tipo nominal que se utilizará para la liquidación de intereses. *b)* La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y la liquidación de los mismos; *c)* Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación. *d)* Los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado o de comisiones o gastos repercutibles aplicados. *e)* Los dere-

chos del cliente en cuanto a posible reembolso anticipado de la operación. f) Los demás que deban incluirse de acuerdo con la normativa específica de cada entidad de crédito.

También será necesario incorporar al contrato, a efectos informativos, la equivalencia entre la suma de cargas financieras, comisiones y gastos repercutibles, y un tipo de interés efectivo anual postpagable, con expresión de la fórmula utilizada para obtener dicha equivalencia (núm. 8). Este tipo de interés efectivo anual se conoce comúnmente por las siglas TAE.

El capítulo II regula un servicio de reclamaciones, que mantendrá el Banco de España, encargado de recibir y tramitar las que, relativas a las operaciones concretas que les afecten, pudieran formular los clientes de las entidades de crédito sobre actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios (núm. 9).

El capítulo III contempla la publicidad, disponiendo que la que, por cualquier medio, realicen las entidades de crédito de operaciones, servicios o productos financieros en que se haga referencia a su coste o rendimiento para el público estará sometida al régimen de previa autorización (núm. 10).

En las disposiciones finales de la Orden se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden.

El Real Decreto de 15 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, establece la extensión del régimen del coeficiente de caja a las sociedades de arrendamiento financiero.

La documentación del contrato de arrendamiento financiero en escritura pública es imprescindible para que el usuario pueda inscribir en el Registro de la Propiedad los derechos que adquiere, incluido el de opción de compra (20).

En virtud de las normas expuestas, la actividad de celebrar contratos de arrendamiento financiero queda reservada a las sociedades que cumplan los requisitos descritos con carácter imperativo por la Ley de 29 de julio de 1988; lo cual es confirmado por el art. 28.1 de la propia Ley, a cuyo tenor, «ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros...».

---

(20) Sobre la problemática que suscita el acceso al Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero, AMOROS, *El leasing inmobiliario y su inscripción registral*, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso internacional de Derecho registral*, I, Madrid, 1985, pp. 835 y ss.; BENAVIDES, *Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980*, RCDI, 1980, núm. 59, pp. 1171 y ss.; MANZANO, *La inscripción del leasing sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad*, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 177 y ss.

Es evidente que, en la práctica, sólo las sociedades de arrendamiento financiero que cumplan los requisitos exigidos imperativamente por la citada Ley desarrollarán esta actividad, ya que de ello depende que su actividad no sea sancionada administrativamente (art. 29) y que se aplique el beneficioso régimen fiscal que la Ley establece (apartados 5, 6 y 7 de la Disposición adicional séptima). Además, «el Registro Mercantil y los demás registros públicos no inscribirán aquellas entidades cuya actividad u objeto social o cuya denominación resulten contrarias a lo dispuesto en el art. 28 de la Ley. Cuando, no obstante, dichas inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición del órgano administrativo competente. Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes registros» (art. 30).

Con todo, la omisión de alguna de las indicaciones previstas por la Ley de 29 de julio de 1988 y la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, no privaría de eficacia al contrato celebrado en el aspecto jurídico-civil.

Se observa nítidamente que el objeto de la Ley es, sobre todo, el controlar la actividad de las entidades de crédito, donde se incluyen las sociedades de arrendamiento financiero, según establece el art. 39, letra g) y la propia Disposición adicional séptima que, como hemos apuntado, dispone que las operaciones de arrendamiento financiero pueden ser desarrolladas por entidades oficiales de crédito, los Bancos, las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito.

Hasta la promulgación de esta Ley, las sociedades de arrendamiento financiero no se habían incluido *legalmente* en la categoría de las entidades de crédito, permaneciendo al margen de la regulación general. Esto cambia con la promulgación de esta Ley y las normas que la desarrollan.

La Ley de 29 de julio de 1988, que no es puramente fiscal, nos impone la difícil tarea de reconsiderar la tesis que, atendiendo a las condiciones generales que en el año 1980 operaban en el tráfico y a la situación legal existente, defendimos en dos estudios publicados en el *Anuario de Derecho Civil*, sobre la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero (21), sin que ello, como veremos, vaya a obstaculi-

---

(21) Véase nota 1. En el año 1980, a diferencia de lo que ahora acontece, las sociedades de *leasing* españolas defendían el carácter arrendaticio del *leasing* financiero (vease la sentencia de 28 de marzo de 1978, anteriormente expuesta), con el objeto de evitar la vis atractiva de los arts. 2 y 3 de la Ley de 17 de julio de 1965. Esto se tradujo en la conducción al marco del más genuino arrendamiento. La voluntad de aproximación al arrendamiento, confiesa GARCÍA-BARBÓN (*Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 16), fue común en cuantos entonces se ocupaban del *leasing*.

El carácter arrendaticio del *leasing* financiero sigue defendiéndose por doctrina autorizada. Se afirma que la finalidad de financiación de toda la operación es, en prin-

zar el adecuado control de las condiciones generales de este negocio, y, en definitiva, la protección del usuario, que actúa como adherente.

Nuestra doctrina, como es lógico, tiene en cuenta lo dispuesto por esta Ley, que establece expresamente que las sociedades de *leasing* son entidades de crédito (22), y destaca que nuestra jurisprudencia debe tenerla en cuenta (23).

Rueda (24) destaca incluso que la reglamentación de la Disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988 ha determinado el desvanecimiento del carácter atípico del *leasing* financiero. Si contamos con una regulación positiva contenida en una disposición normativa con rango de ley, no creo —afirma— que se pueda seguir afirmando con tanta claridad como hasta ahora que el *leasing* es un contrato atípico. Lo que ocurre es que el tipo es incompleto, pues se limita a establecer los elementos necesarios o requisitos imprescindibles que deben concurrir para admitir como arrendamiento financiero a un determinado contrato. Pero no contiene una reglamentación de la totalidad de los pactos que el contrato puede y suele contener, ni de las vicisitudes que pueden producirse en su desenvolvimiento o desarrollo, tanto el normal como el traumático. Por eso a pesar de ese mínimo contenido típico es necesario seguir profundizando en su naturaleza jurídica.

A tenor de esta Ley, la sociedad de arrendamiento financiero es una entidad de crédito, que actúa como intermediaria financiera entre el usuario y el suministrador de los bienes. Esto explica que aquélla conserve la propiedad del bien cedido en *leasing* como garantía de que el usuario le devolverá lo que ha tenido que pagar al suministrador para adquirirlo (el coste del bien), los intereses crediticios, las

---

cipio, neutra, sin bien se alcanza por regla general mediante el recurso a modelos contractuales típicos o atípicos. La función financiera no es sino un dato extrínseco a su estructura. No se puede desconocer, sin embargo, que en el *leasing* se presentan una serie de peculiaridades que, pese a no desnaturalizar la relación arrendaticia, le confieren un carácter especial (JIMÉNEZ DE PARGA y GISPERT, *La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?*, RDBB, 1988, pp. 487 y ss.).

(22) GARCÍA SOLE, *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*, AC, 1989, núm. 5, pp. 1.068 y ss; ROJO AJURIA, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989*, CCJC, 1989, núm. 20, pp. 604 y ss.

(23) BERCOVITZ, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990*, CCJC, 1990, núm. 23, p. 705.

Considera, además, que sería fructífero —tal y como viene apuntando LUIS ROJO— asumir plenamente que nuestro legislador desea dejar abierta a determinados sujetos, las entidades de crédito, la posibilidad de optar libremente entre una y otra fórmula (*leasing* o venta de plazos) contractual cuando se trate de financiar la explotación de bienes de equipo, por constituir ésta una decisión de política económica.

(24) RUEDA, Aspectos sustantivos del leasing sobre inmuebles, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 52-53.

comisiones y los demás gastos que conlleva esta operación (la carga financiera).

Desde esta perspectiva, eminentemente crediticia, existirá una auténtica *fiducia cum creditorie*, cuya causa y consecuencias jurídicas han sido destacadas con rigor y realismo por De Castro en el estudio fundamental que publicó sobre el negocio fiduciario, criticando con tal agudeza la teoría del doble efecto (25) que la doctrina civilista más autorizada de nuestro país ha acogido su punto de vista, rectificando incluso algunos autores la tesis anteriormente defendida (26).

Al comentar críticamente la teoría de Giovanoli sobre la naturaleza del *leasing* financiero, ya expusimos estas consecuencias jurídicas, siguiendo a De Castro (27). En síntesis, conforme al sistema español, marcadamente causalista, la titularidad fiduciaria (la que ostenta la sociedad de *leasing*) no se puede basar en un negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía de préstamo disimulado).

De Castro (28) expone cada una de las diversas consecuencias que esta configuración de la *fiducia cum creditore* comporta en la relación entre las partes (posible ocultación de cláusula compromisoria o prácticas usurarias) como frente a terceros (embargo, quiebra o sus pensión de pagos, enajenación de la cosa a tercero de buena fe). Aunque el fiduciario (la sociedad de *leasing*) no ha adquirido la propiedad de la cosa, tiene sobre ella un derecho de preferencia. El pacto de fiducia confiere un *ius retienendi*, con la consiguiente preferencia para el cobro (29). Sin embargo, Peña (30) destaca que la preferencia para el cobro siempre tropezará con el rigor del art. 1925 del Código Civil.

Nos remitimos a las soluciones propuestas por De Castro, que se acomodan a los principios que rigen en nuestro Derecho, frente a otras que, acaso, puedan tener sentido en ordenamientos foráneos, donde se acepta el negocio abstracto, de tal manera que la atribución fiduciaria sería una atribución abstracta, independiente de su causa.

A través de la *fiducia cum creditore* no cabe infringir normas imperativas sobre las garantías reales, y, en concreto, la prohibición

---

(25) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 429 y ss.

(26) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1983, pp. 291 y ss.; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 555; JORDANO BAREA, *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, ADD, 1983, pp. 1.435 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-III, Barcelona, 1974, pp. 376 y ss.; DE ANGEL, *Problemas que suscita la «venta de garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, RCDI, 1973, pp. 53 y ss.; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 367-368.

(27) CABANILLAS, *La naturaleza del leasing*, cit., pp. 56 y ss.

(28) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 429 y ss.

(29) TAMBIÉN DE ANGEL, *Problemas que suscita la «venta en garantía»*, cit., pp. 60 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-III, cit., pp. 376 y ss.

(30) PEÑA, *Derechos reales*, cit., pp. 368.

del pacto comisorio (arts. 1858, 1872 y 1884 del Código Civil). La *fiducia creditore* da lugar a una forma atípica de garantía (31), por lo que la falta de pago del precio obliga al acreedor (la sociedad de *leasing*) a perseguir la garantía, *a realizarla legalmente*, no a quedarse con la propiedad definitiva e irrevocable del bien. En otro caso, habría una violación fraudulenta del pacto comisorio (art. 6.4 del Código Civil) (32).

La prohibición del pacto comisorio no es derogable por voluntad de los particulares, aunque así no conste expresamente en el art. 1859 del Código Civil, pues sería contrario a sus antecedentes históricos (C. 8, 34, 3; P. 5, 13, 12; arts. 1775 y 1806 del Proyecto de 1851) y origen de posibles abusos. Además, resultaría absurdo que manifestándose la nulidad del pacto contrario a propósito de la anticresis en el art. 1884, no se extendiese el mismo criterio a la garantía predaria o hipotecaria y, en general, a cualquier garantía real atípica; lo cual explica que la jurisprudencia rechace de manera constante la posibilidad del pacto comisorio (33). Es muy elocuente que en un negocio que cumple, de igual manera que el arrendamiento financiero una finalidad de financiación externa de la utilización o explotación de bienes de equipo, como es la venta de bienes muebles a plazos (34), la ley regule un procedimiento extrajudicial para que se proceda a la enajenación de los bienes de la misma forma que previene el art. 1872 del Código Civil para la efectividad del derecho del acreedor predario (art. 19 de la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos).

Al soportar el usuario del *leasing* una elevada carga financiera, parece lógico plantear la posible aplicación de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, máxime cuando suele establecerse en las condiciones generales una cláusula de estabilización que encarece la citada carga financiera (35).

Vicent Chuliá (36) estima que si el coste de financiación en el *leasing* o arrendamiento financiero es usuario, se aplicará la Ley de 1908.

---

(31) PEÑA, *Derechos reales*, cit., pp. 367-368.

(32) JORDANO BAREA, *Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario*, RDP, 1958, p. 831; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-III, cit., p. 378; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 562; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-2.º, Barcelona, 1987, p. 193; PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 368.

(33) Amplia referencia por los autores citados en la nota anterior.

(34) BERCOVITZ, *Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990*, cit., p. 705.

(35) Sobre estas cláusulas de estabilización, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 45-46.

(36) VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, Barcelona, 1990, p. 276.

Compartimos la opinión de este autor, teniendo en cuenta que nuestro Tribunal Supremo ha abandonado la tesis de que la Ley Azcárate no es aplicable a los préstamos mercantiles (Sentencias de 21 de octubre de 1911 y 8 de febrero de 1913). Nuestro Tribunal Supremo, con buen criterio, cambió esta orientación en sentencias posteriores, admitiendo expresamente la posibilidad de préstamos mercantiles usurarios, siquiera «el interés normal del dinero» en ellos pueda considerarse superior al de los préstamos civiles (Sentencias de 13 de febrero de 1941, 24 de marzo de 1942, 22 de junio de 1942, 30 de junio de 1967 y 19 de diciembre de 1974).

La posible aplicación de la Ley Azcárate al arrendamiento financiero y, en general, a todo negocio cuyo objeto sea proporcionar un crédito al deudor (obligación de intereses), se desprende del art. 9 de esta Ley, al establecer la nulidad de toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que fuese la forma jurídica que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.

Lógicamente, tendrán que concurrir las circunstancias prescritas por el art. 1 de la Ley, como aconteció en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1987. Según esta sentencia, merecen la calificación de usuarios, según la doctrina de esta Sala, los préstamos siguientes: 1) Aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. 2) Aquellos en que se consiguen condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor. 3) Aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada.

La nulidad a que se refiere el art. 1 de la Ley de 1908 es la radical, por lo que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes (Sentencia de 30 de diciembre de 1987).

Como ha puesto de relieve la documentada sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985 y Tapia Hermida al comentarla (37) y Vicent Chuliá (38), la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, se acomoda perfectamente a la Constitución, conforme al principio de defensa de los consumidores y usuarios consagrado en el art. 51 de nuestra Ley fundamental. Las relaciones entre la Ley Azcárate y el principio de libertad de empresa no se mueven sobre el mismo plano de conflicto, sino de complementariedad. En este sentido, esta Ley representa un doble control a la

---

(37) TAPIA HERMIDA, *La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito* (Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985), RDBB, 1987, pp. 145 y ss.

(38) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, II, cit., pp. 256.

libre estipulación de intereses convencionales (manifestación en el ámbito financiero del principio establecido en el art. 38 de la Constitución). En primer lugar, un control externo, en relación con el usuario o consumidor, como un límite exterior a la autonomía de la voluntad de las partes. En segundo lugar, esta Ley es una mecanismo de control interno, que pretende garantizar la autenticidad de la libertad contractual, base de la libre estipulación de intereses.

El principio de libertad de empresa exige, en su desarrollo contractual, la garantía de la libre autonomía de la voluntad de las partes. Este último es precisamente el propósito fundamental de la protección concedida por la Ley Azcárate, que, reinterpretada judicialmente en el sentido del principio constitucional de defensa del consumidor, nos permite llegar a reafirmar el sentido unitario en que ha de ser interpretada nuestra Constitución económica y, en consecuencia, la necesidad de armonía entre la libertad de empresa y la defensa del consumidor en sus diversos ámbitos.

La amplitud del arbitrio judicial que aparece en esta ley, sin bien puede ser acusado de lesivo para la seguridad jurídica, se revela como un sistema más conveniente que el anacrónico de los intereses tasados, y es sin duda acorde con el principio constitucional de libertad de empresa, que no debe ser coartada *a priori*, pero sí controlada *a posteriori*. La concesión de tan amplia libertad de apreciación de los Tribunales encuentra justificación en la frecuente apariencia engañosamente lícita que presentan las operaciones realmente usurarias. El art. 2 de la Ley Azcárate potencia la capacidad de los Tribunales para «descubrir la realidad cautelosamente encubierta bajo formas o apariencias correctamente legales» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1942).

Como concluye Tapia Hermida (39), la razón última que subyace bajo la represión del préstamo usurario es una razón de justicia material que no ha perdido su vigencia y se centra en considerar el dinero como vehículo de cohesión social y no como instrumento de abuso de poder. La represión de la usura, como mecanismo de defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores desde un punto de vista penal y privado, encuentra su más amplia ubicación en lo que se ha dado en denominar «humanización de la economía» dentro a su vez de una «puesta al día» de la economía de mercado.

Atendiendo a las sentencias del Tribunal Supremo más recientes, observamos que afirman la plena vigencia de la Ley Azcárate, con independencia de que el negocio sea civil o mercantil, pero no suelen considerar los intereses usurarios según los requisitos previstos en el art. 1 de esta Ley. En este sentido podemos citar las sentencias de 9 de enero de 1990, 7 de febrero de 1990, 30 de enero de 1990, 12 de junio de 1990, 27 de septiembre de 1990 y 7 de noviembre de 1990.

---

(39) TAPIA HERMIDA, *La vigencia de la Ley de Usura*, cit., p. 177

La Orden Ministerial de 17 de julio de 1981 no contradice en modo alguno lo establecido en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, pues la característica de «normalidad» que habrá de concurrir en el interés pactado para no ser calificado de préstamo usurario, habrá de referirse tanto a lo establecido por la legalidad vigente en su momento como a la práctica y usos mercantiles (Sentencia de 27 de septiembre de 1990).

El interés pactado del 21,25 por 100 anual, no es apreciado como inusual (Sentencia de 8 de julio de 1988). Esto se explica por las circunstancias económicas actuales y el proceso de liberación de los tipos de intereses expresado en la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 (Sentencia de 12 de junio de 1990).

Es muy importante subrayar que la Ley de 29 de julio de 1988 (apartado 3 de la Disposición adicional séptima) protege al usuario del arrendamiento financiero en el aspecto fundamental de la información, de igual manera que la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 (núm. 7), según expusimos anteriormente. El usuario ha de conocer perfectamente la carga financiera que supone la operación de *leasing* o arrendamiento financiero.

En la medida en que la citada Disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988 exige necesariamente que el contrato de arrendamiento financiero incluya una opción de compra en favor del usuario (apartado 1), si ésta sólo existe de forma ficticia, la sociedad de *leasing* habrá infringido lo dispuesto en esta Ley, y, en el ámbito sustantivo, será aplicable, al existir simulación relativa, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o la normativa del Código Civil sobre la compraventa, si el objeto es un inmueble, como estima nuestra jurisprudencia, según hemos expuesto anteriormente (especialmente, la sentencia de 28 de mayo de 1990).

Esta conclusión es especialmente evidente en el *leasing* o arrendamiento financiero de inmuebles. En éste, el transcurso del tiempo no sólo no produce pérdida de valor real del inmueble, sino normalmente aumento del mismo. La existencia de un derecho de opción por un valor residual, muy inferior al valor del inmueble en el momento de ejercitarse la opción, lleva indudablemente al convencimiento de que más que un *leasing* o arrendamiento financiero existe una auténtica venta a plazos con reserva de dominio.

Con amplitud lo ha mostrado Amorós (40), en su excelente estudio sobre el *leasing* inmobiliario.

---

(40) AMORÓS, El *leasing* inmobiliario, cit., pp. 805 y ss. Según RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*Problemas jurídicos del «leasing» inmobiliario*, AAMM, XXVII, pp. 101 y ss.), los argumentos esgrimidos por AMORÓS son muy convincentes. Su opinión es absolutamente correcta.

Según este autor, desde un punto de vista objetivo, el usuario del inmueble tiene interés en comprarlo al final del contrato.

Atendiendo a la opción de compra, este autor llega a las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> El precio fijado para adquirir por compra el inmueble al término del período de uso es sustancialmente distinto del valor en cambio de aquél. Se puede comprar al final el edificio o el local por un precio muy inferior a lo que vale. ¿Por qué? Porque dicho precio real ha sido ya satisfecho por el usuario en los plazos pagados durante el período de uso, que no se corresponden con un canon arrendaticio normal (por eso no hay arrendamiento), sino que se calculan por la sociedad de *leasing* teniendo en cuenta el valor total del inmueble y los incrementos imputables a su intermediación empresarial. Es decir, que a través de los plazos que se satisfacen no se paga el uso arrendaticio, sino el precio de compra del inmueble (por eso no hay opción de compra, sino compra aplazada). Y por eso al final sólo queda por pagar un plazo más o una cantidad pequeña en comparación con el valor del inmueble, el llamado expresivamente «valor residual». 2.<sup>a</sup> El plazo habitual para ejercitar la facultad de opción, aunque reglamentariamente tasado, suele tener una duración sensiblemente mayor que la que se da en el *leasing*. En el arrendamiento financiero normalmente se concede un plazo de treinta o sesenta días para ejercitar la opción. Así he tenido ocasión de comprobarlo en la mayor parte de los casos reales que he conocido. Ello quiere decir que la adquisición por opción se considera como un plazo más, el final, de esa compraventa aplazada. 3.<sup>a</sup> En realidad, el usuario deberá ejercitar siempre el derecho de opción y es prácticamente imposible que renuncie a él, ya que al terminar el período de uso habrá pagado la mayor parte del precio del inmueble, e incluso más por la acumulación de cantidades que se integran en los plazos pagados, de manera que no es razonable haber satisfecho más de lo que corresponde al uso arrendaticio y conformarse con ser sólo usuario temporal. Además, el último plazo que falta por pagar es tan pequeño en relación con el precio total (el llamado valor residual), que no tiene sentido no consumir a través de su pago la adquisición del inmueble. De manera que en la opción de compra el optante apenas tiene libertad para ejercitar la opción y se verá compelido por razones económicas a terminar de adquirir la propiedad en todo caso (41).

---

(41) En cambio, ZAYAS (*El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario*, RJC, 1983-2, pp. 225-226) señala que el fin inicial del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de la propiedad al usuario. En el *leasing* financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad de *leasing*, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra.

De forma más matizada, teniendo en cuenta las peculiaridades del *leasing* inmobiliario, RIVERO (*Elementos de Derecho Civil*, II-2.º, Barcelona, 1987, p. 264) llega a la conclusión de que en la mayoría de los casos, y tal como se desenvuelven las operacio-

No creemos que el desarrollo del *leasing* o arrendamiento financiero deba llevarse a cabo a costa de la inaplicación de normas imperativas, en claro perjuicio para el usuario.

Broseta (42) no tiene reparos en afirmar que el auge que está adquiriendo el *leasing* en España se debe a la inaplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, al alcanzarse los mismos resultados, escapando a las formalidades y ciertos inconvenientes que la Ley de 1965 impone a las partes.

Naturalmente, si existe fraude habrá de ser probado por el usuario en cada caso concreto (art. 6.4 del Código Civil).

#### 4. LA CONFIGURACION DEL LEASING EN EL CONVENIO INTERNACIONAL DEL UNIDROIT DE 1988

La funcionalidad del *leasing* financiero ha potenciado su utilización en el ámbito internacional, de tal manera que numerosos usuarios recurren a la financiación de sociedades domiciliadas en otros Estados.

La expansión del *leasing* ha traspasado las fronteras de los países por medio de llamado *leasing* internacional, caracterizado porque la sociedad de *leasing*, el usuario y, a veces, el suministrador, tienen sus respectivos centros de operación en Estados diferentes.

El caso más interesante de *leasing* internacional es el conocido por *Cross-border-Leasing*, en el que se combinan elementos procedentes de tres sistemas nacionales distintos, por concurrir un suministrador con determinada nacionalidad, una sociedad de *leasing* que actúa desde un Estado diferente y un usuario que utiliza el bien en un tercer Estado.

El *leasing* a la exportación (*Export Leasing*) se caracteriza porque el suministrador es nacional, y el bien debe ser trasladado a territorio extranjero para su utilización en él por el usuario.

La difusión del *leasing* internacional plantea numerosos problemas, sobre todo de carácter jurídico. El tratamiento reservado a las operaciones de *leasing* en los diversos ordenamientos jurídicos no es homogéneo, tanto en el ámbito sustantivo como en el fiscal. La ausencia de una normativa uniforme es fuente de conflictos, especialmente ante la incerteza reinante en torno a la naturaleza jurídica

---

nes de *leasing* inmobiliario en nuestro país, se aproxima más a la compraventa a plazos que al arrendamiento. Empero quizá no ocurra siempre, y por ello será preciso examinar cada caso concreto, a través de los elementos y cláusulas contractuales, cuantía del canon periódico (si corresponde al mero uso, o lleva incorporado una parte del precio en venta) y del precio residual (si es simbólico, o se aproxima al valor real del inmueble al término del contrato).

(42) BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, p. 429.

del *leasing* financiero y el problema del control de las condiciones generales. La generalidad de los autores considera que el desarrollo del mercado internacional del *leasing* financiero sólo puede lograrse satisfactoriamente con una progresiva armonización de los derechos nacionales (43).

Estas razones, con la extraordinaria importancia económica que ha alcanzado en *leasing* financiero en todos los países desarrollados, ha determinado un movimiento internacional dirigido a unificar su regulación, fundamentalmente en el seno del *Unidroit*.

El primer hito de este movimiento se encuentra en la sesión 56 del Instituto celebrada en 1977, cuando el Consejo de Dirección decidió crear un grupo de estudio para preparar una normativa uniforme. Los trabajos realizados por este grupo de expertos se plasmaron en un Proyecto de Convenio adoptado en la 4.ª sesión celebrada en Roma entre el 27 y el 30 de marzo de 1984 (44), teniéndose en cuenta las observaciones hechas en los congresos organizados en Nueva York y Zurich en 1981 y en la primera Convención mundial de Hong-Kong de 1983 (45).

No se consiguió una Ley uniforme, sino un simple Proyecto de Convenio internacional, debido a las notables diferencias existentes entre los ordenamientos nacionales representados en el grupo de estudio (46).

El articulado del Proyecto fue objeto de numerosas críticas, procediéndose a la elaboración de otro Proyecto en el año 1985, que no ha sido el último (47). Un comité del *Unidroit* redactó un Proyecto en el año 1987, con informe explicativo preparado por la Secretaría del *Unidroit* (Estudio LIX. Documento 48). También es fundamental el informe del grupo de trabajo de expertos técnicos sobre el *leasing* internacional (Roma, 28 de febrero de 1988), elaborado por el Secretariado del *Unidroit*.

Por fin, en el Boletín de Información núm. 75/76, correspondiente a junio-octubre de 1988, el *Unidroit* informa de la aprobación de los Convenios sobre *factoring* internacional y *leasing* internacional (48). Con ello culminan los trabajos realizados durante más de diez años. Ambos Convenios han quedado abiertos a la firma de todos los Esta-

---

(43) DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985, pp. 60 y ss; STAFORD, International Leasing Developments, en *Rivista italiana del leasing*, 1985, pp. 399 y ss.; BUSSANI, Locazione finanziaria, en *Rivista di Diritto Civile*, 1986, núm. 6, p. 614.

(44) El texto articulado del Proyecto, traducido al italiano, puede encontrarse en el estudio de DE NOVA, *Analisi critica del progetto Unidroit sul leasing*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1984, núm. 5, pp. 536-539.

(45) MONACO, Les activités d'Unidroit en 1984, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1985-1, p. 128.

(46) DE NOVA, *Analisi critica del progetto*, cit., p. 532.

(47) BUSSANI, *Locazione finanziaria*, cit., p. 615; el texto del Proyecto aparece en *Rivista italiana del leasing*, con observaciones de CLARIZIA, 1985, pp. 405 y ss.

(48) El texto en francés de ambos Convenios aparece en RDBB, 1988, núm. 32, pp. 873-885.

dos, cuya adhesión podrá producirse hasta el 31 de diciembre de 1990 (art. 15, párrafo 1 del Convenio del *leasing* y art. 13, párrafo 1 del Convenio del *factoring*).

En la Conferencia diplomática celebrada en Ottawa, Canadá, del 9 al 28 de mayo de 1988, en la que se aprobaron ambos Convenios han participado cincuenta y cinco Estados (España entre ellos), siete organizaciones intergubernamentales (incluida la Comunidad Económica Europea), así como organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales internacionales.

El Convenio del *Unidroit* sobre el *leasing* internacional comienza con un preámbulo en el que se reconoce la importancia de eliminar ciertos impedimentos jurídicos que inciden sobre el *leasing* mobiliario internacional, y procurar un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes de la operación.

Se destaca que las reglas jurídicas que habitualmente regulan el contrato de *leasing* han de ser adaptadas a la relación triangular que se crea en la operación *deleasing*.

Se reconoce la conveniencia de establecer determinadas reglas uniformes relacionadas principalmente con los aspectos de Derecho Civil y Mercantil.

El Convenio se limita a regular los aspectos de Derecho privado del *leasing* internacional, esto es, aquel que se estipula entre una sociedad de *leasing* y un usuario cuyos establecimientos radiquen en Estados diferentes (art. 3.1).

Las características del *leasing* financiero son las siguientes: a) El usuario especifica el material y elige al suministrador sin depender primordialmente de la habilidad y juicio de la sociedad de *leasing*. b) El material se adquiere por la sociedad de *leasing* en virtud del contrato de *leasing* que ha sido celebrado o está por celebrarse entre la sociedad de *leasing* y el usuario, del cual el suministrador tiene conocimiento. c) Los cánones estipulados en el contrato de *leasing* se calculan teniendo especialmente en cuenta la amortización de la totalidad o de una parte importante del coste del material (art. 1.2).

El Convenio se aplica a las operaciones de *leasing* financiero relativas a cualquier material, excepto si éste debe ser utilizado por el usuario principalmente para uso personal, familiar o doméstico (art. 1.4).

Al mismo tiempo, el Convenio regula los demás caracteres estructurales del *leasing* financiero, como el contenido del mismo, es decir, el conjunto de derechos y deberes de las partes, precisando las diversas responsabilidades en que pueden incurrir.

Salvo que se disponga otra cosa en el presente Convenio o en las estipulaciones del contrato de *leasing*, la sociedad de *leasing* no incurrirá en ninguna responsabilidad ante el usuario respecto al material, excepto en la medida en que el usuario haya sufrido perjuicio por depender de la habilidad y juicio de la sociedad de *leasing* y por la

intervención de esta en la elección del material, de sus características y del suministrador (art. 8.1).

La sociedad de *leasing* garantizará al usuario de la evicción y que no será perturbada por una persona que tiene un título o derecho de preferencia, o que hace valer judicialmente un título o derecho preferencial, siempre que tal título o demanda no deriven de un acto u omisión del usuario (art. 8.2).

Las partes no podrán establecer excepciones a las disposiciones del párrafo precedente ni modificar sus efectos si el título, derecho o demanda preferencial se originan en un acto u omisión intencional de la sociedad de *leasing* o en su falta grave (art. 8.3).

Las obligaciones del suministrador que resulten del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el usuario si él mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el material debiera serle suministrado directamente. Sin embargo, el suministrador no será responsable ante la sociedad del *leasing* y el usuario con respecto a un mismo daño (art. 10.1).

El presente artículo no otorga al usuario el derecho de rescindir o anular el contrato de suministro sin el consentimiento de la sociedad de *leasing* (art. 10.2).

Cuando el material no es entregado o es entregado con retraso o no es conforme con el contrato de suministro: *a)* El usuario tiene frente a la sociedad de *leasing* el derecho de rechazar el material o de rescindir el contrato de *leasing*. *b)* La sociedad de *leasing* tiene el derecho de subsanar la falta de cumplimiento de su obligación de entregar el material conforme a las estipulaciones del contrato de suministro, como si el usuario hubiera comprado el material a la sociedad de *leasing* conforme a los mismos términos del contrato de suministro (art. 12.1).

Los derechos contemplados en el párrafo precedente se ejercerán y se perderán en las mismas condiciones que si el usuario hubiera comprado el material a la sociedad de *leasing* conforme a los mismos términos del contrato de suministro (art. 12.2).

El usuario tendrá el derecho de retener el pago de lo estipulado en el contrato de *leasing* hasta que la sociedad de *leasing* haya subsanado el incumplimiento de su obligación de entregar el material conforme al contrato de suministro o el usuario haya perdido el derecho de rechazar el material (art. 12.3).

Cuando el usuario haya ejercido su derecho de rescindir el contrato de *leasing*, el usuario podrá recuperar cualquier canon y otras sumas pagadas por adelantado, salvo una suma razonable que corresponda al beneficio que él ha podido eventualmente obtener del material (art. 12.4).

El usuario no tendrá otra acción contra la sociedad de *leasing* por su falta de entrega del material, sino en la medida en que esto resulte de un acto u omisión de la sociedad de *leasing* (art. 12.5).

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará los derechos del usuario contra el suministrador en conformidad con el art. 10 (art. 12.6).

En el caso de incumplimiento por parte del usuario, la sociedad de *leasing* podrá recuperar el monto de los cánones impagados que se hayan acumulado, junto con los intereses moratorios y los daños y perjuicios (art. 13.1).

Cuando el incumplimiento del usuario es substancial, la sociedad de *leasing* y bajo reserva de lo que preve el párrafo 5, podrá también exigir el pago anticipado del valor de los cánones futuros, si esto lo preve el contrato de *leasing*, o podrá rescindir el contrato de *leasing* y después de la rescisión: *a*) recuperar la posesión del material, y *b*) percibir los daños y perjuicios que le pongan en la situación en que se hubiera encontrado si el usuario hubiera cumplido el contrato de *leasing* en conformidad con sus términos (art. 13.2).

El contrato de *leasing* podrá establecer la manera en que serán calculados los daños y perjuicios que puedan ser percibidos de conformidad con el apartado *b*) del párrafo 2 (art. 13.2 *a*). Esta estipulación será válida para las partes salvo que resulten en una indemnización excesiva en relación con los daños y perjuicios previstos en el apartado *b*) del párrafo 2. Las partes no podrán derogar las disposiciones del presente apartado ni modificar sus efectos (art. 13.2 *b*).

Cuando la sociedad de *leasing* haya rescindido el contrato de *leasing*, no tendrá derecho a hacer valer una cláusula de ese contrato que prevea el pago anticipado del valor de los cánones futuros, pero el valor de esos cánones podrá ser considerado al calcularse los daños y perjuicios conforme al apartado *b*) del párrafo 2 y al párrafo 3. Las partes no podrán derogar las disposiciones del presente párrafo ni modificar sus efectos (art. 13.4).

La sociedad de *leasing* no podrá exigir el pago anticipado de los cánones futuros ni rescindir el contrato de *leasing* en virtud del párrafo 2, salvo que haya dado al usuario una posibilidad razonable de remediar su falta si ésta es remediable (art. 13.5).

La sociedad de *leasing* no tendrá derecho a percibir los daños e intereses en la medida en que no haya tomado todas las precauciones necesarias para limitar su perjuicio (art. 13.6).

## 5. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Bastantes autores consideran que falta una disciplina legal apropiada sobre el *leasing* o arrendamiento financiero (49), a fin de otor-

---

(49) SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, p. 489; SÁNCHEZ MIGUEL, *Incumplimiento del contrato de «leasing» como causa de oposición*

gar a los usuarios una protección eficaz frente a las posibles condiciones generales abusivas y un régimen de publicidad adecuado sobre las propiedades del bien objeto del contrato.

La citada Ley de 29 de julio de 1988 regula tanto el objeto del contrato como el régimen de las sociedades de arrendamiento financiero, pero muy escasamente el contenido del mismo, por lo que éste sigue siendo configurado básicamente a través de las condiciones generales que elaboran unilateralmente las sociedades de arrendamiento financiero, en las que se exoneran de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido.

La solución del problema del control de las condiciones generales en el *leasing* o arrendamiento financiero podría encontrarse en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984. Sin embargo, en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al arrendamiento financiero, al no actuar el usuario como «destinatario final» en los términos de los apartados 2 y 3 de la misma (50).

No cabe rechazar *a priori* la posibilidad de que el usuario sea destinatario final, y, en tal caso, se aplicará dicha Ley, como propugnan algunos autores, según veremos más adelante. La condición de empresario o profesional no excluye necesariamente la posibilidad de que el usuario pueda tener la consideración de destinatario final (51),

---

*al juicio de letra de cambio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, de 5 de julio de 1986), RDBB, 1987, núm. 26, pp. 423-424; BELTRÁN ALANDETE, La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de «leasing». Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de diciembre de 1986, La Ley, 1987-1, pp. 661 y ss.; EMBIB TRUJO, Sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990, La Ley, 1990-4, núm. 2645, 24 de diciembre de 1990.*

Frente a este estado de opinión, ROJO AJURIA (*Leasing mobiliario*, cit, pp. 294 y ss.) estima que la ausencia de regulación parece la situación más apropiada para el desarrollo del *leasing*. Cabría algún tipo de reforma legal, como añadir un apartado al art. 4 de la Ley de Ventas a Plazos, excluyéndose expresamente las operaciones de arrendamiento financiero.

El legislador tiene una tarea pendiente que no es la regulación específica del *leasing*, sino algo mucho más importante: adaptar la regulación del crédito y las garantías a unos criterios racionales concordantes con una sociedad industrial desarrollada.

(50) Sobre el concepto restrictivo que adopta la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para definir al usuario o consumidor, ALBERTO BERCOVITZ, Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores* (en colaboración con RODRIGO BERCOVITZ), Madrid, 1987, pp. 120 y ss.; GARCÍA CANTERO, Influjos de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios en el Derecho de obligaciones, en CASTAN, *Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1986, pp. 695-696; BOTANA, *Noción de consumidor en el Derecho comparado*, en EC, 1991, núm. 18, pp. 57 y ss.; GARCÍA-CRUCES, *Contratación bancaria y consumo*, RDBB, 1988, núm. 30, pp. 263 y ss.

(51) GARCÍA CANTERO, *Influjos de la Ley de los Consumidores*, cit., pp. 695-696.

según se desprende del propio textos del apartado 3 del art. 1: «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, *sin constituirse en destinatarios finales*, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.»

Si el usuario se constituye en destinatario final del bien cedido en *leasing* o arrendamiento financiero, es indiscutible que gozará de la protección que le otorga la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el sentido de que las condiciones generales de este peculiar negocio estarán sometidas al control que configura especialmente el art. 10, que declara nulas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que estén en contra de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios, las condiciones abusivas de crédito y las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Este caso, sin embargo, va a ser muy excepcional. La Ley de 29 de julio de 1988 va a imposibilitar prácticamente que las operaciones de arrendamiento financiero sean llevadas a cabo por sociedades que no acomoden su actividad a lo prescrito en la misma, y como hemos precisado anteriormente, sólo se aplicará cuando los bienes objeto de cesión queden únicamente afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. La Disposición adicional séptima no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión.

Igualmente hay que cuestionar si la Directiva comunitaria de crédito al consumo, de 22 de diciembre de 1986, es aplicable al *leasing* o arrendamiento financiero, configurado por la Ley de 29 de julio de 1988.

El art. 2 b) de esta Directiva dispone que «la presente Directiva no se aplicará a los contratos de arrendamiento, excepto cuando estos prevean que el título de propiedad pase en última instancia al arrendatario»; lo cual se prevé en el *leasing* financiero, merced al derecho de opción de compra en favor del usuario. En este sentido Vicent Chuliá (52).

A tenor del art. 16.1, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a más tardar el 1 de enero de 1990 e informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

---

(52) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, II, cit., p. 247.

Según el art. 16.2, los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

El Gobierno español, de igual manera que ha acontecido en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Directiva de 25 de julio de 1985), no ha observado el plazo fijado en la Directiva y falta, por tanto, el oportuno desarrollo legislativo.

Hay que subrayar, no obstante, la dificultad existente para aplicar la Directiva de crédito al consumo al *leasing* o arrendamiento financiero configurado por la Ley de 29 de julio de 1988, ya que se establece en la Directiva una definición bastante restrictiva del consumidor, al conceptuarlo como «la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión».

Pascuau Liaño (53) propone excluir en la futura Ley española que desarrolle a la Directiva sobre crédito al consumo, por razón del objeto de la operación, la financiación de la compra de inmuebles y, desde luego, la de *bienes de equipo o de producción*.

Creemos, por tanto, que el adecuado control del contenido de las condiciones generales de *leasing* o arrendamiento financiero sólo se producirá en nuestro Derecho cuando se promulgue, al fin, la tan esperada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que establecerá, siguiendo el modelo legislativo introducido por la Ley alemana para la regulación de las condiciones generales de los negocios de 1976 (AGB-Gesetz) (54), un eficaz control del contenido de las condiciones legales, no limitado al usuario o consumidor final, en la medida en que el empresario o el profesional, en su condición de adherente, sea también acreedor de protección.

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (texto de la Ponencia de 3 de noviembre de 1987, integrada por Duque y Rodríguez Artigas) (55), no se establece

---

(53) PASCUAU LIANO, *Propuesta para una protección jurídica de los consumidores en materia de crédito de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento*, EC, 1990, núm. 18, p. 25.

(54) Sobre el control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comparado, con especial referencia a la AGB-Gesetz alemana, SÁNCHEZ ANDRÉS, *El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo*, RDM, 1980, pp. 385 y ss.; CABANILLAS, *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*, ADC, 1983, pp. 1.191 y ss.; POLO, EDUARDO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, pp. 52 y ss.; *Anexo técnico a la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*, EC, 1990, núm. 19, pp. 168 y ss.

(55) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento*, números 1478-1479. Una exposición sistemática de este Anteproyecto por POLO, EDUARDO, *Protección de contratante débil*, cit., pp. 121 y ss.

un criterio tan restrictivo como el de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al prefigurar el ámbito subjetivo de aplicación, como se destaca en la propia Exposición de Motivos (56). El art. 26 dispone que «los arts. 9 a 25 no se aplicarán a las relaciones profesionales entre comerciantes o empresarios». En estos artículos aparece la denominada gráficamente «lista negra» de cláusulas prohibidas. Sin embargo, se mantiene la aplicación de la cláusula general, que figura en el art. 8: «Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales.

Este perjuicio se presumirá cuando las cláusulas mencionadas atribuyen al que utiliza las condiciones generales de la contratación una situación injustificada o desproporcionalmente ventajosa atendiendo el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas que regulan los derechos y obligaciones fundamentales de los contratantes pueda impedir que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico.»

Además, se consideran aplicables los artículos precedentes, que protegen al adherente en cuestiones tan importantes como las relativas a la información, la interpretación y las cláusulas insólitas, entre otras.

Rivero (57) no considera aplicable directamente al *leasing* o arrendamiento financiero la Ley General para la Defensa de los Con-

---

(56) Se afirma en la Exposición de Motivos que el Anteproyecto intenta abarcar toda la actividad contractual —con las excepciones que se indicarán— realizada por medio de condiciones generales de la contratación y, además, trata de ser una ley *para todos los contratantes*, desde el consumidor final hasta el empresario —persona física o jurídica— y, en especial, el pequeño y mediano empresario, en la medida en que sean acreedores de protección por las mismas razones que justifican la del consumidor.

Este amplio punto de vista encuentra apoyo en la evolución que se produce durante los trabajos previos a la promulgación de la Ley alemana de 1976 y en las tendencias prelegislativas expresadas en la Comunidad Económica Europea. Conviene recordar a este respecto que del primer Proyecto de la Ley alemana al segundo la protección prevista en un principio sólo para los consumidores se amplió hasta abarcar a los empresarios, si bien con matizaciones.

Este criterio seguido en el presente Anteproyecto no ha supuesto, sin embargo, el desconocimiento de las peculiaridades del tráfico profesional entre comerciantes o empresarios. La atención a estas peculiaridades se concreta, fundamentalmente, en el especial tratamiento que se da al control de las condiciones generales cuando se trata de relaciones profesionales entre empresarios. En este punto se han seguido criterios similares a los que han inspirado en esta materia a la Ley alemana, criterios que no son tampoco ajenos a los utilizados en la Ley inglesa de 1977, en la que se da un tratamiento distinto a los consumidores y a los que no son considerados como tales. Se ha considerado, por otra parte, que la protección de los empresarios por lo que se refiere a la inserción de las condiciones generales en los contratos que celebren entre sí debe estar sometida a la disciplina común prevista en la futura Ley.

(57) RIVERO, *Elementos*, II-2.ª, cit., p. 262.

sumidores y Usuarios, pero estima que las normas de esta Ley pueden tenerse en cuenta como normas interpretativas.

Mucho más dudoso resulta, a nuestro juicio, considerar aplicable la Ley mencionada por analogía, ya que exige indeludiblemente que el usuario o consumidor sea destinatario final de los bienes o servicios. Si no se cumple este presupuesto subjetivo de aplicación, no hay más remedio que aplicar los criterios de control de las condiciones generales de los contratos que configura el Derecho Común (58).

El hecho apuntado por Rodríguez Martínez (59) de que los contratos de *leasing* (se refiere directamente al inmobiliario) son celebrados, por imperativo legal, con profesionales o empresarios, cuyo potencial económico puede ser incluso superior al de la sociedad de *leasing*, no constituye, según nuestro punto de vista, un argumento que convenza en contra de la necesidad de un adecuado control del contenido de las condiciones generales, pues es la predisposición de su contenido por las sociedades de *leasing* el que lo justifica. Ciertamente, el control no se llevará a cabo de acuerdo con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios normalmente, pero sí debe tener lugar de acuerdo con los principios que informan a nuestro Derecho de obligaciones y contratos y, desde luego, de conformidad con el criterio adoptado en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

No se trata de formular descalificaciones generalizadas contra las sociedades de *leasing*, sino de llevar a cabo una aplicación equitativa de las normas, analizando cada una de las cláusulas que figuran en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero.

A la luz de todas estas consideraciones, vamos a analizar las cláusulas que aparecen en las condiciones generales del *leasing* o arrendamiento financiero, que más han preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en los diversos ordenamientos jurídicos, es decir, las que implican que la sociedad de *leasing* quede prácticamente exonerada de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario.

En la medida en que en el estudio que publicamos en 1982 en el *Anuario de Derecho Civil*, anteriormente citado, refleja las opiniones de los autores que en nuestro Derecho se pronunciaron sobre la validez de tales cláusulas, vamos a limitarnos a las tesis defendidas con posterioridad a la publicación de este estudio.

---

(58) Sobre estos criterios, DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ADC, 1961, pp. 295 y ss.; DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, pp. 1.055 y ss.; CABANILLAS, *La naturaleza del «leasing»*, cit., pp. 79 y ss.

(59) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Problemas jurídicos del «leasing inmobiliario»*, cit., pp. 106-107.

Un sector de la doctrina ha justificado dichas cláusulas, que claramente favorecen los intereses de la entidad predisponente, la sociedad de leasing, argumentando que la misma se limita a financiar la operación.

Reflejando la opinión defendida por bastantes autores en los diversos ordenamientos jurídicos, que conciben al *leasing* como un negocio fiduciario (*fiducia cum creditore* (60), Giovanoli (61) afirma que la sociedad de *leasing* acepta limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietaria (no goza de los bienes) porque, el usuario, en contrapartida, debe asumir las cargas y los riesgos y exonerar a la sociedad de *leasing* de cualquier responsabilidad.

En el marco de los derechos reales, la sociedad de *leasing* —como compradora de fiduciaria— sería la propietaria de los bienes; por ello puede oponer su derecho de propiedad frente a todos. Frente al usuario (vendedor fiduciante), la sociedad de *leasing* está obligada a cumplir el pacto de fiducia. No puede enajenar los bienes, porque, una vez que el usuario ha devuelto a la sociedad de *leasing* el montante convenido, tiene derecho a adquirir plenamente la propiedad de los bienes. Estamos, pues, ante un negocio, el *leasing* financiero, del que derivan efectos reales (oponibles *erga omnes*) y personales (limitados a la sociedad de *leasing* y el usuario).

Este autor, como otros, concibe el negocio fiduciario y, en concreto, la fiducia *cum creditore*, de una manera totalmente distinta a la defendida por De Castro y la doctrina dominante en nuestro Derecho, como expusimos en el estudio anteriormente aludido.

Un sector de nuestra doctrina justifica en términos parecidos a los de Giovanoli las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero, rebatiendo las críticas que se han formulado contra algunas de ellas, las que exoneran totalmente de cargas, riesgos y responsabilidades a las sociedades de *leasing* en relación con el bien cedido al usuario.

Según Rojo Ajuria (62), las entidades de leasing no abusan de una posición económicamente fuerte si se limitan a tratar de que sea el

---

(60) El *leasing* financiero se configura como un negocio de naturaleza fiduciaria en el que la sociedad de *leasing* —como titular fiduciario— adquiere el bien, cuyo uso y disfrute será cedido al usuario —fiduciante—, conservando aquélla el derecho de propiedad en garantía de la devolución del crédito concedido mediante tal adquisición, y comprometiéndose, además, a transmitirlo al usuario cuando éste le restituya íntegramente el *tantumdem*, con la correspondiente carga financiera.

(61) GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, París, 1980, pp. 400 y ss.

Una amplia exposición y análisis de la tesis de este autor por CABANILLAS, *La naturaleza del «leasing»*, cit., pp. 41 y ss.

(62) ROJO AJURIA, *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 247 y ss.

financiado el que soporte los riesgos de la inversión y no el financiador. Tal reparto de riesgos no es en absoluto abusivo. La irresponsabilidad de la sociedad de *leasing* se explica por la cesión de las acciones. El equilibrio de intereses se logra mediante la transmisión de la legitimación activa (activa frente al vendedor) de la sociedad de *leasing* al usuario.

Se puede afirmar que, tanto para la realidad económica, como para la jurídica, la obligación de restitución del usuario es la consecuencia del adelanto de capitales por parte de la sociedad de *leasing*. Esta concede crédito (no el uso del bien) y, por tanto, la propiedad del bien tiene una función de garantía (63).

No es preciso acudir al art. 1154 del Código Civil para moderar judicialmente la cláusula penal en caso de resolución del contrato de *leasing* por incumplimiento del usuario. No se trata de moderar cláusulas penales en base a vagos conceptos de equidad, sino que la sociedad de *leasing* cobre su crédito, ni más ni menos (64).

Con algunas matizaciones, Prada (65) justifica igualmente semejante reparto de riesgos, cargas y responsabilidades. En realidad, si se acepta que la causa del contrato es la financiación y que la sociedad de *leasing* ha cumplido sus obligaciones de pagar el precio y ceder sus derechos al usuario, no parece que haya razón para que los perjuicios derivados de una cosa elegida por el usuario recaigan, en definitiva, sobre una sociedad a la que ni se le puede considerar responsable del incumplimiento, ni hay razón para que sufra perjuicios por el mismo.

Los riesgos los soporta el usuario. El mantenimiento de la obligación de pagar los cánones es razonable y justo, incluso en el supuesto de que la compañía de seguros no pague la indemnización. Quizá, en aras del justo equilibrio del contrato, cabría exceptuar el supuesto en que el concedente del *leasing* se hubiera reservado la designación de la compañía aseguradora y hubiera actuado al asegurar de forma culposa o imprudente (66).

También García Sole (67) sigue esta línea. La sociedad de *leasing* realiza funciones estrictamente financieras, limitándose a cobrar unas cargas financieras (similares a los intereses crediticios) que son su legítima ganancia. Por ello no ha de correr con los riesgos de la falta de adecuación, mal funcionamiento o vicios ocultos del bien que adquiere en beneficio del usuario.

---

(63) ROJO AJURIA, *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 247 y ss.

(64) ROJO AJURIA, *Leasing Mobiliario*, cit., pp. 247 y ss.

(65) PRADA, Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de *leasing*, en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, pp. 650 y ss.

(66) PRADA, Observaciones, cit., p. 667.

(67) GARCÍA SOLE, *La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor*, AC, 1989, núm. 5, pp. 1.059 y ss.

Según García Barbón, García Sole, Matesanz, Queipo de Llano y Teniente Gómez (68), el arrendamiento financiero es un negocio de mediación, llevando a cabo así una actividad de intermediación característica, que sitúa a toda la institución en el genuino ámbito crediticio.

Desde esta perspectiva se justifica la exoneración de responsabilidad en la entidad de *leasing*, que subroga en todas sus acciones frente al vendedor al arrendatario financiero, que no queda indefenso al poder accionar directamente contra el proveedor (69).

La facultad de exigir la anticipación de los plazos no vencidos, no equivale a resolución contractual, sino que debería mejor denominarse vencimiento anticipado del precio contractual o pérdida del aplazamiento del pago (70).

La anticipación de la exigencia del pago de la parte del precio que, en un correcto desarrollo del contrato, se contemplaría como pendiente, tiene pleno encaje contractual en el marco de la autonomía de la voluntad y consiste en una respuesta al incumplimiento del usuario respecto de sus obligaciones (71).

Las cláusulas que implican el desaplazamiento de la operación y autorizan su vencimiento anticipado, son válidas y han sido admitidas por reiterada jurisprudencia (72).

Es análogo sentido se pronuncia Nieto Brizuela (73), que se remite al estudio de García Sole.

En el negocio jurídico de arrendamiento financiero, tal como está configurado legalmente, sólo son típicos los presupuestos de intermediación financiera por parte del arrendador financiero.

No se pueden aditar obligaciones al arrendador financiero que éste ni puede ni debe asumir, pues ni forma parte ello de los presupuestos de actividad contractuales, ni por supuesto recibe remuneración de tipo alguno por la asunción de esos riesgos.

A nuestro juicio, la circunstancia de que la sociedad de *leasing* actúe como financiadora de la operación, no justifica, sin mayores problemas, su exoneración de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con el bien cedido al usuario, porque existe un contrato onerosos que vincula a la sociedad de *leasing* con el usuario, porque hay que

---

(68) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATE SANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., p. 37.

(69) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATE SANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 73 y ss.

(70) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATE SANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 126.

(71) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATE SANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 144.

(72) GARCÍA BARBÓN, GARCÍA SOLE, MATE SANZ, QUEIPO DE LLANO y TENIENTE GÓMEZ, *Diccionario jurídico del leasing*, cit., pp. 119-120.

(73) NIETO BRIZUELA, *Patología del leasing sobre inmuebles*, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 122 y ss.

valorar la conducta de todos los sujetos que intervienen en la relación obligatoria y porque no son admisibles las exoneraciones absolutas de responsabilidad, así como las condiciones abusivas de crédito, según se deduce de los principios que informan a nuestro Derecho, especialmente cuando se contrata a través de condiciones generales (74).

Es muy ilustrativo que autores que destacan que la sociedad de *leasing* actúa como financiadora de la operación, pongan en duda la licitud de las cláusulas que implican la aludida exoneración, como Amoros (75), Rivero (76), Vara de Paz (77) y Manzano (78), y otros autores, en algunos aspectos concretos, como expondremos más adelante.

Como destaca Vicent Chuliá (79), aún siendo el *leasing* un contrato autónomo, habrá que descubrir sus propios límites, más allá de los cuales habrá de verse fraude de ley a la normativa imperativa de otros contratos típicos.

El criterio del Derecho español sobre el fraude y su concepción «espiritualista» del contrato en general, llevan a que se piense que las normas imperativas atienden al resultado material, aunque éste se esconda bajo una forma permitida por la ley.

Desde esta perspectiva, procederemos a examinar las cláusulas que son de más dudosa licitud, dentro de las que figuran en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero.

### 5.1. Cláusula de exoneración de la sociedad de leasing cuando no se entrega al usuario el bien (material) en el lugar y tiempo convenidos, o se entregan bienes distintos de los previstos en el contrato

A nuestro juicio, está fuera de toda duda que es inválida esta cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, si el

(74) Así lo expusimos en el estudio *La naturaleza del leasing*, cit., pp. 73 y ss., al abordar el problema del control de las condiciones generales de los contratos de *leasing*, teniendo en cuenta el estudio de DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, cit., pp. 295 y ss.

(75) Según AMOROS (El leasing inmobiliario, cit., p. 812), la causa del contrato para la sociedad de *leasing* (se refiere básicamente al inmobiliario) es financiar una adquisición. Reiteradamente se ha expresado que el *leasing* es un instrumento de financiación y que la actividad de las sociedades a él dedicadas es de carácter financiero.

(76) Para RIVERO (*Elementos*, II-2.º, cit., pp. 259-260) el *leasing* es un contrato atípico, *sui generis*. La finalidad del *leasing* es la financiación, que es común a la sociedad de *leasing* (que quiere hacer fructificar sus activos) y al usuario (que acude aquélla a falta de medios propios de financiación).

(77) VARA DE PAZ, *Leasing financiero*, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 553 y ss.

(78) MANZANO, La inscripción del leasing sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad, en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, cit., pp. 220 y ss.

(79) VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, II, cit, p. 275.

suministrador no entrega el bien en la fecha y lugar convenidos por dolo o culpa grave de la sociedad de *leasing*. Lo mismo sucederá si el suministrador entrega al usuario un bien que no se ajusta al solicitado por éste en todos sus detalles, según las especificaciones del futuro usuario, como afirma la Disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988. La sociedad de *leasing* ha actuado de manera dolosa o negligente, y, por tanto, la exoneración de responsabilidad de la misma no puede prosperar por imperativo del art. 1102 del Código Civil y por la asimilación, a estos efectos, de la culpa grave al dolo.

Desde luego, es de muy dudosa licitud impedir al usuario la resolución del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero si no se le entrega el bien o éste es distinto del previo en el contrato (art. 1124 del Código Civil). Hay que tener en cuenta que el suministrador ha de entregar el bien al usuario por encargo de la sociedad de *leasing*, que previamente lo ha adquirido por compraventa u otro título adquisitivo. Esto implica que difícilmente la sociedad de *leasing* puede pretender el cumplimiento del contrato de arrendamiento financiero cuando el bien no es entregado al usuario. Precisamente, la Disposición adicional séptima, apartado 1, de la Ley de 29 de julio de 1988, afirma que el objeto exclusivo del contrato de arrendamiento financiero es la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos por la sociedad de *leasing* con dicha finalidad. Parece que la cesión del uso del bien recae sobre la sociedad de *leasing*, si bien la entrega material la lleva a cabo directamente el suministrador, pero por encargo de aquélla. Con otras palabras, la sociedad de *leasing* no puede desentenderse de la obligación de entrega del bien al usuario, impidiendo el ejercicio de la acción resolutoria por el usuario y exonerándose de toda posible responsabilidad.

La subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador, no constituye un argumento convincente para impedir al usuario el ejercicio de la acción resolutoria. Se obliga a continuar vinculado contractualmente al usuario con la sociedad de *leasing*, sin que exista una razón fundada jurídicamente que pueda justificarlo.

Si no va a ser entregado el bien al usuario, si va a serlo con un importante retraso, o bien va a ser distinto al acordado con la sociedad de *leasing*, es injustificadamente lesivo para el usuario impedirle que, al menos, pueda desvincularse del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.

Un importante sector de nuestra doctrina enjuicia también críticamente esta cláusula.

Rivero (80) trae a colación el art. 10.1 c) 3.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, considerando abusiva semejante cláusula.

---

(80) RIVERO, *Elementos*, II-2.º, cit., p. 262.

O'Callaghan (81) estima que no es explicable que al usuario se le prive de la acción de resolución que cabe en todo contrato bilateral (art. 10.1 c) 3.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Tras explicar diversos casos relativos al *leasing* inmobiliario, al referirse al supuesto de inmueble en proyecto o en construcción, siendo la ejecución de la obra por cuenta de la sociedad de *leasing*, Benavides (82) considera que resulta terminante por imperativo legal (art. 1102 del Código Civil) la invalidez de una cláusula introducida en los casos señalados, en que de manera total y absoluta se exonere de responsabilidad a la sociedad de *leasing* cuando no tenga a disposición del usuario el inmueble en la fecha convenida, a menos que se salve de dicha exoneración el supuesto en que medie dolo.

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

Lo que ocurre es que, mientras para el supuesto de dolo, la existencia de un precepto legal específico (art. 1102 del Código Civil) determina la invalidez de una cláusula de exoneración de responsabilidad generalizada en la que no se excluya el dolo, en los casos de actuación culposa o negligente de la sociedad de *leasing*, o incluso en situaciones en que sin mediar aquella, se hayan producido desplazamientos patrimoniales que generen un enriquecimiento injustificado o un desequilibrio en los intereses de ambas partes, serán los Tribunales los que atendiendo a las circunstancias concurrentes, y en base a lo dispuesto en los artículos 1289 y apartado segundo del art. 3 del Código Civil, entre otros, establecerán la procedencia de las pretensiones de impugnación, y por ende la invalidez de ciertas estipulaciones.

Amoros (83) coincide con estas opiniones negativas respecto a la validez de la referida cláusula. Sin embargo, cree que la solución de estimar inválida la cláusula en caso de dolo o culpa por parte de la

---

(81) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., ap. 16.

(82) BENAVIDES, *Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero*, cit., pp. 1.218-1.220.

(83) AMOROS, *El leasing inmobiliario*, cit., pp. 824-825.

sociedad de *leasing* no resuelve totalmente el problema en la práctica, porque exige una declaración judicial en ese sentido y la correspondiente prueba previa, lo cual supone recorrer un camino demasiado largo y costoso. Al margen de esa posibilidad de impugnación judicial, lo importante es llegar a la conclusión de si la cláusula es o no inválida por sí misma, objetivamente considerada, con independencia de la culpabilidad de la sociedad que la impone y sin necesidad de declaración judicial; es decir, que pueda estimarse esa invalidez *prima facie* en el tráfico jurídico. Esto es especialmente importante desde el punto de vista de la calificación registral. Pues bien, la invalidez de la referida cláusula se justifica porque carece de causa suficiente, en cuanto que la renuncia por el usuario a exigir responsabilidad a la sociedad de *leasing* en tales casos no tiene contraprestación alguna e implica una vulneración del principio de conmutatividad y de equivalencia de las prestaciones, vigente en los contratos onerosos; porque va en contra de la función económica del contrato de *leasing*, que exige la puesta del inmueble a disposición del usuario en el tiempo pactado, de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil); y porque, en última instancia, puede declararse abusiva e implicar una limitación de responsabilidad frente al usuario en relación con la utilidad del inmueble cedido, todo ello a los efectos del art. 10.1 c) 3.º y 6.º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios. De manera que de acuerdo con lo establecido en el art. 10.4 de la misma Ley, será nula de pleno derecho.

También Manzano (84) piensa que la cláusula es rechazable, ya que deja sin causa al propio *leasing*, como contrato con sustantividad propia, una de cuyas fases esenciales es la cesión de uso. Así como el pago del valor residual es la contrapartida o contraprestación del ejercicio de la opción de compra, el pago de los cánones tiene como contrapartida el derecho de uso. Y no hay uso sin posesión de los bienes inmuebles, lo cual reclama la entrega de los mismos en el plazo convenido. La cláusula choca además, frontalmente, con preceptos imperativos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 8.1, 10.1 c) 3.º y 10.1 c) 6.º).

Vara de Paz (85) considera que sería injustamente lesivo para el cliente o concesionario el que además de no recibir el bien tuviera que realizar el pago de todas las cantidades previamente convenidas con la sociedad de *leasing*, incluido el valor residual de la opción de compra, para a continuación tener que reclamar el mismo contra el fabricante o proveedor. Por el contrario, debe poder resolver el contrato sin tener, por consiguiente, que pagar las rentas periódicas y el valor de la opción de compra. Posteriormente, la sociedad de *leasing* actua-

---

(84) MANZANO, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., p. 236.

(85) VARA DE PAZ, *Leasing financiero*, cit., p. 562.

ría contra el fabricante o proveedor que ha incumplido su obligación de entrega de la cosa.

Cuando las condiciones objetivas del inmueble, distintas de las pactadas, le hagan absolutamente inadecuado para satisfacer las necesidades previstas en el contrato de arrendamiento financiero, entiende Martín Bernal (86) que el mismo régimen imperativo que exige la afectación de aquél a los fines del *leasing*, en relación con el art. 1124 del Código Civil, dará lugar la resolución del contrato, aunque exista pacto de exoneración de responsabilidad, y con indemnización de daños y perjuicios, si hubiera mediado dolo.

Según Sánchez Miguel (87), la irresponsabilidad de la sociedad de *leasing* que se recoge en las condiciones generales en ningún caso podría hacerse extensiva a la falta de entrega, ya que supondría el incumplimiento del contrato de *leasing*, al ser la obligación principal del arrendador, de la que se deriva la contrapartida del arrendatario, el pago del precio.

Esta es la posición que adoptó la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 5 de julio de 1986, al considerar que al ser un contrato de tal clase el subyacente de la letras de cambio cuya ejecución pretendió la empresa demandante en instancia y apelante en esta alzada, deberá ser tenido en cuenta al haber esgrimido el demandado y arrendatario la excepción de falta de provisión de fondos, en razón del incumplimiento por el accionante cambiario de la obligación concertada el 21 de noviembre de 1984, al suscribir ambos litigantes un contrato de arrendamiento financiero (*leasing*)... acreditado de forma fehaciente en las actuaciones la no recepción por el locatario del bien arrendado, aun cuando fuera por causa ajena a la voluntad del locante, es lo cierto que éste, en razón al distinto vínculo que tenía con el suministrador y con el suministrado, no puede oponer a éste el incumplimiento de aquél, exigiendo las obligaciones de arrendador (*sic*) sin haber procedido a la ejecución de la suya, cual era la puesta a disposición del cliente del bien objeto del *leasing*.

Esto significa que la obligación principal de la arrendadora es la puesta a disposición del material, con independencia de no disponer del mismo en el momento de la celebración del contrato, ni de la cláusula de irresponsabilidad en él fijada, en cuyo caso el incumplimiento de esta obligación resolvería el contrato, sin que por su parte el arrendatario tuviera que satisfacer el importe de las cuotas del mismo.

---

(86) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil del contrato de leasing de bienes inmuebles*, AC, 1986, núm. 20, p. 1.403.

(87) SÁNCHEZ MIGUEL, *Incumplimiento del contrato de leasing como causa de oposición al juicio ejecutivo de letra de cambio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, de 5 de julio de 1986, RDBB, 1987, núm. 26, p. 421.*

## 5.2 Cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de leasing en caso de evicción o vicios ocultos

Esta cláusula es válida, en la medida en que se permita al usuario subrogarse en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse directamente contra el suministrador, siempre que la sociedad de *leasing* ignore la existencia de los vicios en el momento en que celebró el contrato de arrendamiento financiero (cfr., art. 1485 y 1553 del Código Civil). Además, hay que destacar que el último inciso del artículo 1484 del Código Civil, contempla una excepción legal cuando el adquirente es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debiera conocer fácilmente tales vicios o defectos.

En relación con la responsabilidad por evicción, los art. 1475 y 1476 del Código Civil permiten también la validez del pacto que la excluya, siempre que el cedente actúe la buena fe.

Ahora bien, la subrogación ha de llevar consigo todas las garantías propias del derecho transmitido, tal como se desprende del art. 1212 del Código Civil. Con buen criterio, Chuliá Vicent y Beltrán Alandete (88) destacan las dificultades procesales que conlleva la subrogación, ya que, para que pueda presentarse con probabilidades de éxito una reclamación del usuario contra el proveedor, al margen de acompañar los documentos acreditativos del carácter con que litiga, tendrá que aportarse también junto con la demanda, el original del contrato de *leasing*, el contrato entre el proveedor y la financiera, en muchos casos difícil de obtener, cuestiones todas estas que dificultan la actuación del usuario ante los Tribunales.

Como afirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de diciembre de 1986 (89), para la plena eficacia de la subrogación es evidente que la sociedad arrendadora queda obligada a facilitar al cliente el ejercicio de las actuaciones correspondientes y que en ello se incluye la posibilidad de que el cliente pueda tener, para aportar en juicio, todos los documentos de la compraventa, incluido el mismo contrato de tal..., y que la entidad no puede negarlos, a riesgo de asumir los daños y perjuicios correspondientes. La subrogación ha de hacerse mediante todo lo necesario para ello.

En virtud de la subrogación, prosigue diciendo la Audiencia, el usuario podrá pedir la rescisión o anulación del contrato de compraventa entre fabricante y arrendadora y que se condene al fabricante: a)

---

(88) CHULIÁ VICENT y BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos de leasing*, Barcelona, 1989, p. 53.

(89) Esta sentencia es comentada por BELTRÁN ALANDETE, *La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de «leasing»*, La Ley, 1987-1, pp. 661 y ss., y BERNALDEZ, *Arrendamiento financiero (contrato de leasing) (Comentario de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia número 3.023, de 2 de diciembre de 1986)*, RGD, 1987, pp. 737 y ss.

devolver el precio percibido y entregarlo precisamente al cliente arrendatario; b) indemnizar en los daños, que consistirán en la cantidad pagada por el arrendatario a la sociedad de *leasing* por encima del precio de compraventa, cantidad que constituyó el beneficio de la sociedad, intereses, impuestos y gatos, y c) intereses correspondientes.

Esta cláusula que permite, en los casos apuntados, la subrogación es admitida por Amoros (90) y Benavides (91), estimando este último, como indispensable, no sólo la subrogación a favor del arrendatario financiero de los derechos y acciones que pudieran corresponder a la sociedad de *leasing*, sino también la fijación de adecuados mecanismos correctores o compensatorios para el caso de que aquélla no se hubiera previsto o resultare inoperante o insuficiente.

Según Martín Bernal (92) se deben excluir las cláusulas que permitan al arrendador percibir el resto de los cánones no vencidos.

Para Manzano (93) hay que tener en cuenta el correctivo de la posibilidad del pago de los cánones con cargo a la correspondiente indemnización o seguro.

Para que la subrogación del usuario sea eficaz, ha de ajustarse a todas las condiciones del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. Por este motivo, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 6 de octubre de 1987, en un caso de vicios ocultos en un ordenador, terminales y programas, revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, entre otros motivos, porque el usuario no se había subrogado correctamente, transcribiendo en uno de los considerandos la cláusula del contrato que prevee la subrogación: «Que el arrendatario no podrá pretender la disminución del precio, ni solicitar indemnización del mismo, ni resolver el contrato por no poder utilizar el bien, sea cual sea la cláusula a que tal falta obedezca, pero queda subrogado, en la posición jurídica de la sociedad arrendadora, al efecto del ejercicio de las acciones que le incumbieren a éste frente al fabricante, por razón del material contratado y respecto a los derivados de la garantía de asistencia técnica, o de servicios postventa, etc., podrán ser ejercitados directamente por el arrendatario frente al fabricante proveedor del material, dando conocimiento fehaciente del ejercicio de tales derechos a la sociedad arrendadora».

El contrato preveía la necesaria subrogación, pero establecía una carga negocial (94): que se notifique fehacientemente a la sociedad arrendadora.

---

(90) AMOROS, *El leasing inmobiliario*, cit., pp. 825-826.

(91) BENAVIDES, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., pp. 1.220 y ss.

(92) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil*, cit., p. 1.404.

(93) MANZANO, *La inscripción del leasing*, cit., p. 238.

(94) Sobre el significado de las cargas negociales y su control, CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el mercantil*, Madrid, 1989, especialmente pp. 313 y ss.

Luego, faltó el trámite de la subrogación fehaciente, con notificación a la sociedad de *leasing*. Por eso, los actores no estaban legitimados para actuar frente al fabricante. Pero además, no se había aportado a autos el contrato de compraventa entre la compañía de *leasing* y el fabricante, lo que impide conocer los aspectos esenciales de cual sea la extensión y alcance de los derechos subrogados (95).

Muy interesante es la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 1 de octubre de 1987, al permitir la resolución del contrato de *leasing* financiero por no hallarse los bienes entregados en condiciones de funcionamiento.

Esta sentencia confirma la resolución acordada por el Juez de Primera Instancia que la decretó. Afirma expresamente que al no hallarse en condiciones de funcionamiento aquellos bienes entregados y ser de aplicación, por tanto, la doctrina general sobre incumplimiento de las obligaciones recogida en el art. 1124 del Código Civil y la más específica del art. 1543... Partiendo de este concepto, transcribiendo la definición del *leasing* que da la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983 e insistiendo en que su esencia es de contrato arrendaticio, atribuye la responsabilidad a la empresa de *leasing*, pese a la cláusula contractual de exoneración de aquélla, por la razón de que el mantenimiento al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa arrendada, que implica que ésta se halle en condiciones de funcionamiento, es consustancial a la relación arrendaticia.

Se ha dicho que esta sentencia cambia el criterio mantenido por las sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia; pero, como opina O'Callaghan (96), esto no es exacto; éstas siempre se refirieron el cumplimiento defectuoso —vicios—, no al incumplimiento total.

Es evidente la justicia de la solución, pues no es aceptable que un usuario que no pueda aprovechar, en todo o en parte, la cosa recibida, no pueda reclamar a la empresa *leasing*, pues ésta alega no responder por la cláusula de exoneración de responsabilidad o por no ser verdadero arrendador, sino simple financiero, ni a la empresa proveedora, pues el usuario no fue parte en el contrato de compraventa por el que se adquirió la cosa y (en los casos de la Audiencia de Valencia) no se dio la subrogación «fehaciente» (97).

La entrega de cosa inidónea (no que «sirve mal», sino que «no sirve») equivale a falta de entrega, según doctrina y jurisprudencia consolidadas (98)

---

(95) CHULIA VICENT y BELTRAN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos leasing*, cit., pp. 57-58.

(96) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., p. 6.

(97) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., p. 7.

(98) O'CALLAGHAN, *Jurisprudencia sobre el leasing*, cit., p. 6

### 5.3. Cláusula por la que el usuario debe soportar el riesgo del deterioro o del perecimiento fortuito del bien

Según el art. 1182 del Código Civil, la pérdida fortuita de la cosa debida, sin culpa de deudor (el usuario), le libera de toda responsabilidad, correspondiendo, a tenor del art. 1186, al acreedor (la sociedad de *leasing*) todas las acciones que el deudor tuviese contra terceros por razón de la cosa pérdida.

En este sentido se pronuncian, en supuestos concretos, otros preceptos del Código Civil: arts. 1122, 1136, 1147 y 1568.

Por ello es lógico, de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento jurídico, que el usuario quede liberado, en tal caso, de la obligación de pagar a la sociedad de *leasing* los plazos no vencidos. Esta solución está en consonancia con la causa onerosa del contrato de arrendamiento financiero.

Para solucionar el problema, en las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero se prevé el aseguramiento del bien. La cláusula se justifica en la suscripción de un seguro del bien por el usuario, el cual al hacerse a nombre de la sociedad de *leasing* como beneficiaria, permite la reposición del bien perdido fortuitamente, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago por un usuario que no tiene la contrapartida del uso del bien cedido en *leasing*, de acuerdo con la causa onerosa del contrato (art. 1274 del Código Civil).

Lógicamente, lo recibido de la entidad aseguradora se ha de destinar obligatoriamente a la reposición del bien siniestrado. Estructurado de esta manera el negocio, en tanto no se produzca la reposición del bien siniestrado, la sociedad de *leasing* no puede reclamar al usuario que abone los plazos pendientes.

No obstante, Rivero (99) estima que si esta cláusula es abusiva o no abusiva (problema para cuya solución deben valer los criterios del art. 10.1 c) 3.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), depende de la proporción y equilibrio de intereses que medie (o no) entre las prestaciones de ambas partes.

A nuestro juicio, este equilibrio sólo existe si se sostiene que mientras no se produzca la reposición del bien siniestrado, la sociedad de *leasing* no puede reclamar al usuario que abone los plazos que venzan durante el período de reposición del bien. En otro caso no existiría tal equilibrio, y si el usuario fuese destinatario final se aplicaría el precepto mencionado por Rivero.

Tras distinguir varios casos, Benavides (100) abunda en este criterio. No puede considerarse válido el pacto por virtud del cual la socie-

---

(99) RIVERO, *Elementos*, II-2.º, cit., pp. 262.

(100) BENAVIDES, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., pp. 124-126.

dad de *leasing* seguirá percibiendo durante la reconstrucción del inmueble las rentas pactadas que venzan durante el expresado período, ya que existiría un enriquecimiento injustificado, a menos que el arrendatario pueda seguir obteniendo del inmueble la misma función económica que hasta la fecha del siniestro (siniestro parcial), o bien, por razón del seguro concertado, la indemnización cubra, además de los conceptos ya señalados, el pago de los cánones que se devenguen durante el período de reposición o reconstrucción.

Según Amoros (101), parece claro que esta cláusula no será válida, tanto por su falta de causa como por ir en contra de la relación pactada, implicar un enriquecimiento injustificado y abusivo, romper el justo equilibrio de las contraprestaciones y ser contraria a la buena fe (art. 10.1, c) 3.º y 6.º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Aun pactado el seguro, mientras no se reconstruya totalmente el inmueble mediante la indemnización satisfecha por la compañía aseguradora, no será exigible el pago de las rentas.

Coinciden con este punto de vista Martín Bernal (102) y Manzano (103).

Si los bienes no son repuestos, el negocio queda privado de objeto y, como dice Sánchez-Parodi (104), los principios de equidad exigen que, en este caso, el usuario quede desligado de la obligación, habida cuenta de que la sociedad de *leasing* ha obtenido una compensación patrimonial que colma sus intereses económicos.

#### **5.4. Cláusula que determina que la falta de pago de algún plazo justifica la resolución del contrato y el vencimiento anticipado de los plazos no vencidos**

En el estudio que publicamos en el año 1982 en el *Anuario de Derecho Civil* afirmamos que la resolución del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero es admisible, porque se basa en el incumplimiento por el usuario de la obligación de pago del precio en el tiempo y lugar fijados (art. 1124 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981, anteriormente expuesta).

El problema surge al prevenirse en las condiciones generales que el usuario tiene que pagar a la sociedad de *leasing* los plazos no vencidos. Se establece una auténtica cláusula penal, que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses (art. 1152 del Código Civil), agravando la responsabilidad del usuario. Por esto

---

(101) AMOROS, *EL leasing inmobiliario*, cit., p. 827.

(102) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil*, cit., p. 1.407.

(103) MANZANO, *La inscripción del leasing*, cit., p. 239.

(104) SÁNCHEZ-PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 212.

será aplicable el art. 1154 del Código Civil, de indudable carácter imperativo, en la medida en que el usuario ha abonado algunos de los plazos previstos en el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: la obligación ha sido en parte cumplida por el deudor (el usuario). El Juez podrá, por tanto, moderar equitativamente la pena convencional.

El Juez tendrá en cuenta que el bien es recobrado por la sociedad de *leasing* (en virtud de la resolución del contrato) y que el usuario ha abonado a la sociedad de *leasing* una determina suma de dinero, que puede ser muy elevada. La actuación equitativa del Juez, a que se refiere el art. 1154, evitará que el usuario, privado del bien, tenga que abonar a la sociedad de *leasing* una suma excesiva. Cabe la posibilidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que el Juez establezca como forma de moderación el señalamiento de un nuevo plazo para cumplir.

En el mismo sentido se ha pronunciado Benavides (105), al mostrarse partidario de la aplicación del art. 1154, dado el carácter evidentemente imperativo del mismo; lo que se traduce en la posibilidad de que los Jueces moderen equitativamente tales cláusulas penales. Este precepto supone una expresa remisión a los principios generales del Derecho y, en particular, al art. 7.2 del Código Civil, sin olvidar la referencia a la equidad del art. 3.2 de este Cuerpo Legal. También Martín Bernal (106).

Rivero (107) afirma que el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios deja en claro que la indemnización no podrá perjudicar de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, precepto que se puede aplicar en nuestro caso por analogía.

Para Amoros (108) lo importante es saber si esas cláusulas resolutorias son inválidas en el tráfico jurídico ordinario, sin necesidad de una resolución judicial que las declare y que muchas veces no llega a solicitarse por el coste y demora de su tramitación.

Este autor contesta afirmativamente. No sólo porque muchas veces resultan abusivas y exorbitantes, sino también porque van contra la esencia misma de la resolución. Que en la compraventa a plazos se exige la devolución de las cantidades percibidas y no permite su conservación total. Y que en el arrendamiento es incompatible con la percepción de rentas futuras y con la causa jurídica que justifica su pago. Semejante calificación negativa puede apoyarse en esas razones institucionales y, además, en el repetido art. 10.1 c) 3.º, 4.º y 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

---

(105) BENAVIDES, *La inscripción del leasing sobre inmuebles*, cit., pp.1.126-1.128.

(106) MARTÍN BERNAL, *Tratamiento jurídico-civil*, cit., p. 1.408.

(107) RIVERO, *Elementos*, II-2.º, cit., p. 262.

(108) AMOROS, *El leasing inmobiliario*, cit., pp. 828-829.

Manzano (109) considera que hoy es inevitable poner la cláusula en relación con la Ley 26/1984 de protección de los consumidores y usuarios (el trabajo de Benavides es anterior a esta Ley). Hay que reproducir aquí las reglas antes recogidas y, especialmente en cuanto a esta cláusula, el art. 10, 1 c) 3.º, en cuanto que perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al usuario y comporta una posición de desequilibrio entre derechos y obligaciones.

Según Sánchez-Parodi (110), encuentran dificultades para su validez las cláusulas que establecen, para el caso de incumplimiento, la obligación de pagar todas las mensualidades aún no vencidas. En esta hipótesis estamos ante una auténtica pérdida para el usuario del beneficio del plazo. Esta específica regulación puede ser establecida convencionalmente, pero no hay duda que resulta abusivo pretender recibir la totalidad de los cánones cuando se priva al usuario del goce de los bienes. Por ello, parece aconsejable que los Tribunales moderen y corrijan en cierta medida las estipulaciones convenidas.

Vara de Paz (111) opina que si se entiende, de acuerdo con la «ratio financiera» del contrato, que la sociedad de *leasing* quiera recuperar todo el capital invertido, ello no justifica que pretenda la resolución del contrato, obligando al usuario a restituir el bien e incluso todos los cánones pactados, lo que sería contrario a los principios más elementales del Derecho que prohíben un enriquecimiento injusto, si además de obtener todas las cantidades pactadas vuelven a disponer del bien.

Creemos que si el *leasing* o arrendamiento financiero implica una *fiducia cum creditore*, que da lugar a una forma atípica de garantía real, la cláusula que examinamos implica la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, ya que nuestro ordenamiento jurídico exige, como dijimos anteriormente, que se proceda a la realización de la garantía a través de los procedimientos legalmente previstos (arts. 1872 del Código Civil y 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El problema ha sido advertido por los autores que consideran que la sociedad de *leasing* detenta la propiedad del bien en garantía de devolución por el usuario del coste de su adquisición y de la carga financiera.

Giovanoli (112) constata que la mayor parte de las legislaciones establecen la nulidad de la cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse de una cosa entregada en garantía, cuando el deudor no cumple su obligación. A menos que queramos negar la función de garantía real del *leasing* financiero, la aproximación de la citada cláusula al pacto comisorio es indudable.

---

(109) MANZANO, *La inscripción del leasing*, cit. p. 241.

(110) SÁNCHEZ-PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, cit., p. 217.

(111) VARA DE PAZ, *Leasing financiero*, cit., p. 565.

(112) GIOVANOLI, *Le crédit-bail*, cit., pp. 396-398.

Clarizia (113) se refiere también a la posibilidad de aplicar la prohibición del pacto comisorio al *leasing* financiero. Pero considera que no puede aplicarse indiscriminadamente esta prohibición, puesto que esto comporta el riesgo de que se declaren nulos unos contratos (los de *leasing* financiero) que operan en la práctica con notable utilidad para la economía.

En nuestra doctrina, Rojo Ajuria (114) llega a la conclusión de que los procedimientos de ejecución establecidos en nuestro ordenamiento jurídico no son los más adecuados, y que el legislador tendría que asumir la tarea de racionalización de las garantías del crédito. Mientras tanto, el *leasing*, a través de la autonomía privada (atipicidad), plantea la «deregulation» radical del procedimiento de ejecución.

A nuestro juicio, puede plantearse *de lege ferenda* la reforma de los procedimientos de ejecución de las garantías reales, e incluso que no se configure con carácter imperativo la prohibición del pacto comisorio, aunque pensamos que las razones que históricamente determinaron su imperatividad tienen plena vigencia hoy en día. Tal vez convenga recordarlas. En Roma, por virtud del pacto comisorio, las partes convenían en que el acreedor, si vencida la obligación no era satisfecho, se hiciera dueño de los bienes empeñados o hipotecados. Este pacto era altamente perjudicial para los deudores, los cuales normalmente daban en prenda cosas de mucho más valor que el importe de la obligación que aseguraban, y otras veces lo hacían acuciados por la necesidad. Por este motivo, a pesar de haberse considerado lícito durante la época clásica, fue prohibido dicho pacto por emperador Constantino (C. 8.34.3) (115). De aquí paso a las Partidas (P. 5,13, 41 y 42), explicándolo Gregorio López en sus glosas. El Proyecto de 1851 aceptó esta solución en los arts. 1775 y 1806, que García Goyena (116) va a justificar con razones similares a las expuestas. Una vez publicado el Código Civil, Manresa (117) puntualiza que el art. 1859 está encaminado a evitar los muchos fraudes que en otro caso se podrían llevar a cabo, por ser en la generalidad de las veces superiores en valor a la deuda los bienes en que se constituye la garantía.

Esto explica el carácter imperativo de la prohibición del pacto comisorio, que reconoce expresamente nuestro Código Civil en el art. 1884, a propósito de la anticresis.

(113) CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1976, II, p. 472.

(114) ROJO AJURIA, *Leasing mobiliario*, cit., p. 278.

(115) KASER, *Römisches Privatrecht*, München, 1979, p. 129; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1967, p. 433.

(116) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pp. 923-924.

(117) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1907, p. 385.

La prohibición del pacto comisorio y las razones en que se apoya, armonizan perfectamente con la exigencia constitucional de protección de los usuarios o consumidores (art. 51 de la Constitución).

No parece, por tanto, que pueda eludirse la prohibición del pacto comisorio, quedándose la sociedad de *leasing* con el bien y el importe de lo abonado por el usuario y, además, exigiéndole el pago inmediato de los plazos no vencidos.

Hay que tener en cuenta también que la exclusión de la prohibición del pacto comisorio no tiene su causa, en rigor, en un auténtico acuerdo de la sociedad de *leasing* y el usuario, sino que se impone en las condiciones generales por aquélla a éste, que no tiene más remedio que aceptarla si quiere celebrar el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.

Por este motivo, la argumentación de Clarizia parece poco consistente, porque, si bien es cierto que el *leasing* financiero es un instrumento de notable utilidad para la economía, la nulidad de la cláusula citada no implica la de todo el negocio (nulidad parcial). Lo más razonable sería que las sociedades de *leasing* modificasen esta cláusula, respetando plenamente la prohibición legal del pacto comisorio.

### **5.5. El contrato de leasing o arrendamiento financiero como título ejecutivo y las excepciones oponibles por el usuario**

Frente a la ejecución despachada con fundamento en escritura pública o póliza intervenida, el usuario puede oponer los motivos de nulidad del art. 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o las excepciones procesales y de fondo que enumera el art. 1464 de este cuerpo legal. Además, siendo el pago de los cánones a través de letras de cambio el sistema normal utilizado en el *leasing* o arrendamiento financiero, el usuario podrá oponer las excepciones previstas en el art. 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque en el juicio ejecutivo, aunque hay que observar que no siempre las letras van a permanecer en posesión de la sociedad de *leasing* y, en consecuencia, al tercero demandante no le podrá ser opuesta la excepción de falta de provisión de fondos, a no ser que se trate de una tenedor de mala fe, en cuyo caso, como establecen los arts. 20 y 67, le sería de aplicación (118).

Como destaca Ortiz Navacerrada (119) cabría formular oposición a la ejecución, ora por nulidad de la obligación o, mejor, de algunas

---

(118) La sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 12 de marzo de 1980 declaró la oponibilidad de excepciones personales, falta de provisión, frente al tenedor de mala fe (SÁNCHEZ MIGUEL, *La mala fe del tomador de la letra, Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 12 de marzo de 1980*), RDBB, 1981, núm. 2, pp. 465-467.

(119) ORTIZ NAVACERRADA, *Contrato de leasing y juicio ejecutivo*, AC, 1987, núm. 16, pp. 1.014 y ss.

de sus concretas cláusulas, ora por no haber vencido o no ser exigible, en los siguientes casos, sin perjuicio de otros de menor previsibilidad:

- a) Por no haberse puesto el bien a disposición del usuario en la fecha y lugar convenidos, a pesar de una posible cláusula de exoneración de responsabilidad para la sociedad de *leasing*: determinante de nulidad aquí sería la falta de causa onerosa por infracción del principio de equivalencia de las prestaciones al no poder el usuario utilizar el bien cedido en *leasing*; particularmente, en caso de dolo, culpa o abusiva limitación de responsabilidad por parte de la sociedad *leasing*.  
En un juicio en que si instaba la ejecución de las cambiales libradas para el pago de unos plazos periódicos, la Audiencia Provincial de Barcelona, en la citada sentencia de 5 de julio de 1986 (120), estimó la excepción de falta de provisión de fondos con base en la no recepción por el usuario del automóvil objeto del contrato de *leasing* financiero.
- b) Por resultar el usuario privado del bien por evicción, o resultar éste inservible para el fin pactado por causa de vicios ocultos, a pesar de una posible cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, que resultaría válida en los términos del art. 1485 del Código Civil, y sin que parezca suficiente para obviar la tacha la concesión al usuario de la facultad de dirigirse directamente contra el suministrador, según es habitual en los contratos de *leasing*: no mediando culpa del usuario, la falta de causa y la ruptura del justo equilibrio de las contraprestaciones, con enriquecimiento injusto para la sociedad de *leasing*, son patentes, y no sólo en el supuesto de que la misma conociera previamente la situación, sino en todo caso, en tanto que el usuario no recupere el bien en los términos convenidos.
- c) Por deterioro o pérdida total o parcial del bien por caso fortuito o fuerza mayor, a pesar de la posible cláusula de exoneración de responsabilidad para la sociedad de *leasing* y aún de la concertación de un seguro de garantía del bien frente a tales riesgos: en tanto se reponga o se repara el bien siniestrado, el usuario queda privado de su goce y, con ello, sin causa su obligación de pago de los plazos que discurren durante la situación de deterioro o pérdida.

---

(120) SÁNCHEZ MIGUEL, *Incumplimiento del contrato de leasing como causa de oposición al juicio ejecutivo de letras de cambio*, cit., pp. 411 y ss.

- d) Por declararse anticipadamente vencido al total de la deuda pendiente por causa de impago de una o más mensualidades en los términos pactados: sin perjuicio de lo que dicho a este respecto, parece que la validez de esta cláusula ha de depender, en mayor medida que las anteriores, de la naturaleza que se atribuya al *leasing* (121).
- e) La aplicación, en la demanda y subsiguiente despacho de ejecución, de una posible cláusula de estabilización de las rentas pactadas podría dar lugar a oposición, no por nulidad de la obligación, pero sí por «plus petición».

## 6. CONCLUSIONES

Todas las soluciones propuestas están dirigidas a conseguir un adecuado control de las condiciones generales de los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero, consiguiéndose la protección del usuario, en línea con el mandato constitucional del art. 51, de protección de consumidor, que tiene carácter normativo por ser principio general de nuestro Derecho (art. 1.4 del Código Civil), y con las principios que se deducen de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, plasmados en artículos como el 1182, el 1124, el 1154, el 1274 y el 1872 del Código Civil.

Las soluciones defendidas se fortalecerán cuando se promulgue la tan esperada y necesaria Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tan importante en el ámbito procesal como en el sustantivo, en la medida en que, como apuntamos precedentemente, se aplicará el *leasing* o arrendamiento financiero la cláusula general prohibitiva del art. 8 y los preceptos anteriores, es decir, las normas comunes de la Ley.

A pesar de la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no creemos que se ponga fin al debate, sino tal vez, incluso, se incremente si se mantienen las condiciones generales que actualmente operan en el tráfico; lo cual es previsible que acontezca. La experiencia de la aplicación de la AGB-Gesetz alemana de 1976 al *leasing* financiero lo evidencia, defendiéndose tesis muy diversas al enjuiciar las cláusulas que exoneran de riesgos, cargas y responsabilidades a la sociedad de leasing en relación con el bien cedido al usuario, siendo este negocio uno de los que ha dado lugar a una mayor litigiosidad (122).

---

(121) Tengase en cuenta lo que hemos afirmado sobre la prohibición del pacto comisorio.

(122) ROTH, *Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasing-verträgen*, AcP, 1990, pp. 293 y ss.; CANARIS, *Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing*, AcP, 1990, pp. 410 y ss.; SONNENBERGER, *La giurisprudenza sul leasing in Germania*, en *La giurisprudenza sul leasing in Europa*,

Puede estimarse que las cláusulas que exoneran prácticamente de todo tipo de cargas, riesgos y responsabilidades a la sociedad de *leasing* perjudican, en contra de la buena fe, al usuario. Estas cláusulas implican una situación desproporcionadamente ventajosa para la sociedad de *leasing*, que conserva, según el clausulado del contrato, la propiedad del bien cedido.

Frente a esta conclusión, se dirá que el tipo contractual del *leasing* financiero justifica estas cláusulas, pues las mismas se acomodan al fin económico de este negocio. La sociedad de *leasing* es una entidad financiera, que sólo ostenta la propiedad de los bienes en garantía.

La gran cuestión del debate reside, a nuestro juicio, en que la sociedad de *leasing* o arrendamiento financiero quiere conservar a toda ultranza la propiedad del bien cedido, y, además, no responder en ningún sentido respecto al bien cedido al usuario.

El usuario no recibe la propiedad de los bienes, y, no obstante, soporta todos los riesgos y cargas. El único medio de protección del usuario, atendiendo a las condiciones generales, es el de poder subrogarse en la posición de la sociedad de *leasing* a fin de poder dirigirse directamente contra el suministrador del bien, el cual, como apuntamos, plantea al usuario graves dificultades, especialmente en el terreno procesal.

Por todo lo dicho, estimamos que los criterios de control propugnados sobre las cláusulas analizadas se acomodan perfectamente a las reglas que aparecen en el art. 8 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, partiendo de los principios que informan a nuestro Derecho, y de la configuración del *leasing* o arrendamiento financiero que se desprende de la Ley de 29 de julio de 1988, así como de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, claramente tuitiva del interés del usuario, al admitir la simulación relativa cuando en negocio celebrado cumple la función económica de la venta a plazos con reserva de dominio.

---

Milano, 1984, pp. 9 y ss; VON WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, Köln, 1987; EBENROTH, *Inhaltliche Schranken in Leasing-Formularverträgen auf Grund del AGB-Gesetz*, en *Der Betrieb*, 1978, pp. 2.109 y ss.

En estos estudios puede encontrarse una amplia información jurisprudencial sobre el control de las condiciones generales del *leasing* financiero en virtud de la aplicación de la AGB-Gesetz.

Según esta Ley, la lista de cláusulas prohibidas de los párrafos 10 y 11 no se aplica a los contratos celebrados entre empresarios (párrafo 24), pero sí se podrá aplicar en tal caso la cláusula general de control del párrafo 9.

Se cuestiona también la posible aplicación al *leasing* financiero de la Ley sobre negocios a plazos (*Abzahlungsgesetz* de 3 de diciembre de 1976), de igual manera que, como hemos visto, se plantea en nuestro Derecho la aplicación de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos cuando el precio de la opción de compra es nominal o simbólico.