

EL CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO: 40 AÑOS DESPUÉS

José María de la Cuesta Rute

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil UCM

SUMARIO.- I. DEFINICIÓN.-II. CLASES DE LEASING.-III. RÉGIMEN LEGAL DEL LEASING.-IV. LA ATORMENTADA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING.-A) Significado de “naturaleza jurídica”.-B) La supuesta complejidad o combinación del leasing.-C) La función del leasing como causa del contrato.-D) Mención de algunos tipos contractuales asimilables al leasing.-E) La naturaleza financiera de la operación.-V. ELEMENTOS DEL CONTRATO.-A) Elementos personales.-a) La financiera.-b) El usuario.-B) Elementos reales.-a) El bien que se cede.-b) El precio.-VI. FORMA DEL CONTRATO.-VII. CONTENIDO DEL CONTRATO.-A) Obligaciones y derechos de la financiera.-a) Obligación de entrega de la cosa.-b) Obligación de mantener la cosa en el pacífico disfrute del usuario.-c) Obligación de soportar el derecho de opción de compra del usuario.-B) Obligaciones y derechos del usuario.-a) El pago de las cuotas.-b) La suscripción de un contrato de seguro.-c) La restitución de la cosa.-VIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.-A) Incumplimiento de la financiera.-B) Incumplimiento del usuario.-IX. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.-A) Causas normales de terminación.-B) Resolución del contrato por incumplimiento.-a) Incumplimiento de la financiera.-b) Incumplimiento del usuario.- X. EL CONTRATO DE LEASING Y EL CONCURSO DE ACREEDORES DEL USUARIO.-A) El derecho de separación de la cosa objeto de leasing.-B) El derecho de crédito por las cantidades dinerarias.-C) La armonización del tratamiento del leasing.-D) La acción de separación de la cosa y el crédito de la financiera.

Se cumplen ahora cuarenta años de la publicación de un trabajo mío que titulé “Reflexiones en torno al leasing”¹ y que fue uno de los primeros –concretamente el segundo- en publicarse en lengua española. Destaco esta circunstancia para indicar que la operación de leasing era entonces de reciente implantación en la práctica española por lo que era muy aconsejable que cualquier trabajo se atuviera a las cláusulas de las pólizas que a la sazón comenzaban a afirmarse por las escasísimas empresas que la practicaban. Por supuesto que en 1970 no existía no ya sólo verdadera jurisprudencia, esto es, sentencias emanadas del Tribunal Supremo –la primera es de 1978- sino tampoco ninguna decisión de ningún órgano judicial de menor rango.

Esas circunstancias y la llamativa literatura jurídica que estaba originando la también incipiente práctica del leasing por aquella época en los países europeos, me determinaron a emprender el estudio de tan sugestiva figura a partir de un método *problemático* o de jurisprudencia *principal* que permitiera acoger al leasing en nuestro

¹ *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 118, 1970, p. 533- 619..

sistema jurídico por su consistencia con los principios que lo inspiran en todos los sectores que quedaban concernidos por el aparentemente nuevo contrato.

El método que me propuse seguir sirvió, entre otras cosas, para poner al descubierto que, en realidad, el leasing no constituía una figura tan nueva y desconocida como aparentaba.

El propósito que me guiaba, que repito era cabalmente el de propiciar que el leasing pudiera albergarse en nuestro sistema jurídico sin violencia de ninguno de los principios que lo informan, creo que se expresaba con claridad tanto al decir que el acogimiento de la figura podría practicarse al amparo de la autonomía de la voluntad (art.1255 Cc) como porque la perspectiva crítica de mi trabajo descubriría por sí misma que no tenía por objeto impedir ese acogimiento, sino tan sólo poner de manifiesto la necesidad de depurar la práctica de la figura de adherencias que la hacían inconsistente con el sistema, y que podían quizá pasar desapercibidas e incluso resultar positivamente apreciadas sobre la base de una concepción dogmática y formalista del Derecho. Naturalmente que me limitaba a encomendar la tarea depuradora a los tribunales de justicia. En ese encargo estaba implícita mi convicción de que la atipicidad del leasing daría lugar a una variedad de supuestos que no obstante permitirían hacerlo reconocible por la subsistencia de su estructura fundamental en todos ellos. De esta suerte, la tarea de depuración pertenecía esencialmente al orden de la jurisprudencia por el casuismo – en el mejor de los sentidos- a que necesariamente se debía sujetar. Que ese era mi propósito en el año 1970 no sólo se reflejaba en el título de mi trabajo, sino que se hacía explícito en numerosos pasajes suyos.²

Mi análisis de hace cuarenta años tenía que partir, como necesariamente se debe hacer, a mi juicio, en todo estudio jurídico, de la descripción de la figura para poder compararla por su estructura con las que resultan bien conocidas y reconocidas en el ordenamiento positivo. Esa es una función de calificación del *tipo* que implica atribuir a la figura de que se trate una “naturaleza jurídica”. De modo expreso me cuidé de subrayar entonces el sentido que tiene hablar de “naturaleza jurídica”, por la sencilla razón de que las instituciones del derecho no la tienen, hablar de ello sólo es eso, un modo de hablar, expresivo de la estructura y función que a las instituciones conviene a fin de ponerlas en relación con el ordenamiento jurídico para saber si éste les ofrece su tutela y la razón que hay para otorgársela o denegársela. Cuando de un contrato atípico se trata, por amplio que sea el margen de la autonomía de la voluntad, no pueden desconocerse las normas jurídicas de carácter imperativo y aun en cierto sentido

² Véanse p. ej. p. 547 ss., 553 ss., etc.; rotundamente, p 619, cuando se afirma “...entiendo que, sean cuales sean los apoyos que en el orden financiero y fiscal pueda encontrar la práctica del *leasing*, los tribunales de Justicia harán muy bien en continuar procurando satisfacerla de acuerdo con los principios de nuestro Ordenamiento, más adecuado a los conflictos que el verdadero significado de la institución pone de manifiesto.”; en el mismo sentido, DE LA CUESTA RUTE, <<Jurisprudencia sobre el leasing>>, en *Comentarios a Jurisprudencia y Derecho bancario y cambiario* (Sánchez Calero y Sánchez Calero. Coords.), Madrid, 1993, vol. II, p. 235 ss., especialmente p.235 y 236.

también de las de orden dispositivo³, que deben respetarse para que resulte justificado el contrato atípico de que se trate.

Y al proceder entonces con ese propósito me parecía digna de ser considerada la consistencia del leasing con los tres órdenes o sectores jurídicos siguientes.

En primer lugar, con el orden del crédito o la financiación; en segundo lugar, el sector de los contratos, cuyo principio fundamental de equivalencia de las prestaciones excluye el amparo jurídico del abuso; finalmente, el sector del tráfico de bienes, que implica al derecho de dominio y demás derechos reales sobre el objeto del leasing.⁴

³ Así nos lo enseñó DE CASTRO, <<Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad>>, en *Anuario de derecho civil*, 1982, vol. XXXV, fasc. IV, p 987 ss., *passim*.

⁴ Pese a que mi trabajo estaba lejos de pretender definir una supuesta naturaleza jurídica del leasing, no fueron pocos los autores que le otorgaron esa finalidad, como tampoco faltó alguna sentencia del Tribunal Supremo que hizo suyo el mismo error. Bien que esto segundo no tuvo trascendencia ya que en tales circunstancias, aun sin ser conscientes los Magistrados ponentes, procedían justamente y como es natural del modo que por mi parte había preconizado, resolviendo conforme a los parámetros propuestos por mí. ¿Cómo si no se explica que desde el principio la jurisprudencia se desenvuelva alrededor de si el contrato de leasing en cuestión es supuesto de simulación o no, y precisamente de simulación de una compraventa a plazos?

Es de justicia señalar como excepción a la lista de autores que leyeron apresuradamente mi modesta aportación, a los profesores de derecho civil AMORÓS (*El leasing inmobiliario y su inscripción registral*, Madrid, 1985, *passim*.) y ROJO AJURIA (*Leasing mobiliario*, Madrid, 1987, *passim*.), ambos por desgracia fallecidos, que en sus propios y meritorios trabajos sobre el leasing (en el primer caso inmobiliario, y en el segundo, mobiliario) fueron conscientes de la metodología que seguí y no tuvieron inconveniente en acudir reiteradamente y de manera expresa a los puntos de vista que yo había expresado. Por cierto que en el mismo sentido (pero al parecer sin conocer mi trabajo) se expresaba el también civilista BERCOVITZ (<<El pacto de reserva de de dominio y la función de garantía del leasing financiero>>, en *AAVV Tratado de garantías en la contratación mercantil*, (Nieto dir.), Madrid, 1996, tomo II, vol. 1, p 379 ss., *passim*.) pero que subraya sin salvedades que el único negocio significativo que existe en el leasing en relación con el bien es el de compraventa.

Por otra parte, sinceramente al cabo de cuarenta años y ya en la “última vuelta del camino” como dijera Baroja, me satisface comprobar que la mayoría de los autores, aun, a lo que parece, sin conocer mi aportación, y tanto especialistas en derecho civil, pero sobre todo en derecho mercantil, han desarrollado sus fecundos trabajos según las sendas que yo había marcado. Para lo que han podido contar con los cambios legislativos que les han obligado a resaltar el aspecto financiero de la operación y la subordinación de la propiedad al derecho de crédito. Eso es justamente la primera conclusión que cabía formular de mis *Reflexiones*.

Contra lo que quienes leyeron apresuradamente mi trabajo inicial pensaron que por mi parte consideraba inválidas en todo caso las cláusulas usualmente incorporadas a los contratos de leasing, lo cierto es que nunca traté directamente de la cuestión sino que utilicé el análisis de tales cláusulas, incluso expresando en algún caso su validez y eficacia, para destacar que en el caso del leasing prevalecía su función por encima de su estructura porque las cláusulas evidenciaban que la función era financiar la explotación de la cosa objeto real del contrato.

Hace también ahora cuarenta años que apoyé denominar a la operación que nos ocupa con el anglicismo de *leasing*, precisamente para no contaminar su significado jurídico con elementos del arrendamiento, contrato con el que no tiene nada que ver y que ya era el modo como empezaba a designarse en España si bien se le añadía el adjetivo *financiero*. Como *arrendamiento financiero* se le designa tanto en las disposiciones legales que a él se refieren como, por lo general, en la doctrina. Ello no obstante, sigo manifestando mi preferencia por la utilización del extranjerismo que, a la razón indicada, une la de ser universalmente reconocido.

I. DEFINICIÓN.

En el Derecho español sólo en la DA 7ª de la LDIEC, encontramos una alusión al leasing financiero acogedora de sus caracteres estructurales. Dice la citada definición:

*“Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles e 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 servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario.”*⁵

No se puede afirmar que la norma legal suministre un verdadero concepto del leasing financiero, sino que más bien nos entrega su definición, si es que a los dos términos – concepto y definición- les damos el sentido del DRAE. La DA transcrita se refiere a los elementos jurídicos estructurales de la operación de leasing financiero. Y es que el sentido y significado de la operación sólo puede obtenerse a partir de una tarea de definir o demarcar los elementos que le dotan de estructura. Por esa razón, la definición tiene necesariamente carácter descriptivo, porque sólo puede captarse su significado a partir de que se describan los elementos que la configuran.⁶

Pero apresurada o no la lectura, he de congratularme de que mis *Reflexiones* dieran motivo para modificar muchas de las pólizas del leasing entonces al uso, así como, para estimular el estudio acerca de la necesidad de mantener la equivalencia de las prestaciones (llámesela cómo se quiera, abuso, condiciones generales, etc.) y, sobre todo, para que la jurisprudencia atendiera al problema en cuestión en cada caso sin dejarse subyugar por el dogmatismo o el formalismo. En unos casos está en juego la propiedad, en otros la pervivencia del equilibrio contractual, en otros, en fin, la preferencia de créditos, y según sea el problema, así se ha de resolver. A esta orientación responde toda la jurisprudencia sobre el leasing; y en definitiva en el mismo sentido se orientan las aportaciones doctrinales, aunque algunos autores lo ignoren.

⁵ Aun con sus defectos, la definición española supera la que suministra el art. 1 de la Ley de arrendamiento financiero peruana, de 26 de julio de 1984, que impone reconstruir la definición a partir de numerosos preceptos suyos.

⁶ Me ratifico, pues, en que el leasing financiero no se puede comprender sino partiendo de la complejidad de la *operación* de leasing cuyo conjunto da razón de los efectos que produce.

El leasing financiero es *operación* que refunde una pareja de contratos: de un lado, la compraventa entre la entidad financiera y el proveedor del bien; de otro, el de cesión de la explotación de ese bien entre la entidad financiera y el usuario. Esos contratos originan unas relaciones que, desbordando los límites subjetivos de las partes respectivas en cada uno de ellos, generan vínculos más allá de las partes tanto como precisan o determinan las prestaciones debidas por cada una según cada contrato. Porque si sólo se tienen en cuenta los datos de cada uno de éstos y por separado, no pueden captarse las verdaderas notas que singularizan al contrato de leasing ni, sobre todo, puede captarse su sentido, o razón de ser⁷. En sentido estricto, es cierto que el leasing es propiamente el contrato en que es parte el usuario del bien, pero no es menos cierto que los efectos y contenido de ese contrato se justifican por el otro en que el usuario no participa pero del que se derivan consecuencias jurídicas para él; de tal suerte que sin referencia a este otro contrato no puede entenderse, mejor, justificarse, la economía del contrato entre el usuario y la empresa de leasing.

Elementos estructurales en verdad de la operación son los dos contratos que se conjuntan en ella. La opción de compra que, por definición legal, ha de concederse necesariamente al usuario, cumple fundamentalmente una función formal si bien no deja de tener consecuencias materiales en el contrato de leasing. Pero, como ha reconocido con acierto la jurisprudencia, el ejercicio de la opción de compra implica una nueva declaración de voluntad del usuario, que origina un nuevo negocio entre él y la entidad financiera.

Podría pensarse que son también elementos estructurales del contrato de leasing los caracteres de los sujetos que son parte en él. El apartado 1 de la DA 7ª. LDIEC se refiere indirectamente a circunstancias subjetivas del usuario así como en el apartado 8 de la misma Disposición se establece la necesidad de que:

“Las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como actividad principal la realización de operaciones de arrendamiento financiero”.

De otro lado, también en el apartado 1 de la DA 7ª citada se indica que los bienes objeto de leasing han de ser *bienes de capital*. En general se sostiene que tanto las exigencias subjetivas como las objetivas son requerimientos precisos para que la operación pueda disfrutar de determinadas ventajas fiscales y contables y configuran entonces lo que podríamos llamar una relación de leasing *regular*. Con todo, ha de notarse aquí que los requerimientos relativos a la entidad financiera tienen un sentido más profundo que el meramente fiscal o contable. Su exigencia se atiende con todo rigor a la verdadera “naturaleza” de la operación del leasing que la reconduce al camino de la institución del crédito; de este modo se podría dudar de que carezca de valor la *regularidad* respecto de la parte financiera sobre la validez del negocio mismo. ¿Cabe un leasing financiero “de hecho” que se traduzca tan sólo en las sanciones aparejadas a la actuación clandestina? Parece ser que la amplia admisión por jurisprudencia y doctrina del leasing supone aceptar que responde a una causa legítima con

⁷ Desde esta convicción, expresé hace cuarenta años que el leasing es una operación de crédito y que esta caracterización permea absolutamente las relaciones entre los tres sujetos de la operación cuya presencia es imprescindible. El resultado de esa impregnación explica y da razón de la figura.

independencia de la razón que asiste para exigir a la empresa financiera que cumpla los requisitos que hacen regular su actuación. Pero que la operación sea clandestina para la entidad financiera no significa que no sea obligado el carácter financiero del “arrendador” aunque no sea una entidad de crédito *regular*.

Por otro lado, la DA 1ª de la LVPBM, convenientemente modificada por la DA 7ª de la LDIEC, dispone que los contratos de “arrendamiento financiero regulados en” esa última Disposición y “que se refieren a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el art. 1º (LVPBM) podrán ser inscritos” en el RBM. De aquí se deduce que los bienes objeto de leasing no tienen porqué ser corporales, no consumibles e identificables, requisitos todos ellos del art. 1º de la LVPBM, pues sólo se requieren estos caracteres para que el contrato de leasing pueda inscribirse, pero la inscripción no es exigible en ningún caso para que el contrato de leasing surta todos sus efectos.

Por lo demás ni siquiera el leasing se refiere necesariamente a bienes muebles y las disposiciones legales sobre la caracterización de las partes y de los bienes en el leasing sólo tienen en consideración el leasing mobiliario.

II. CLASES DE LEASING.

La caracterización del leasing como *operación* compleja en tanto que compuesta por dos contratos se convierte en criterio para su distinción de otras figuras con las que pudiere confundirse. Me refiero singularmente al llamado leasing *operativo*, que, en definitiva, no se diferencia del *renting* y que, sustanciándose por las reglas del arrendamiento de cosas, nada tiene que ver con nuestro leasing desde el punto de vista jurídico aunque pudiera tener concomitancias desde un punto de vista económico⁸.

Centrados, pues, en el leasing financiero, puede distinguirse entre el leasing *directo* y el *indirecto* en consideración a quién toma la iniciativa de la operación. Es directo cuando la iniciativa la toma quien será después usuario, será indirecto cuando la iniciativa parta del proveedor del bien. Así lo ha señalado el TS en su sentencia de 26 de junio de 1989. Creo que, salvo por detalles no muy relevantes, la distinción carece de importancia.

Mayor interés tiene diferenciar entre leasing *mobiliario* e *inmobiliario* según la naturaleza del bien objeto del contrato (cfr. STS de 30 de junio de 1993). En realidad, la diferencia se concreta en el régimen de la publicidad del contrato⁹. En la ley del Impuesto de Sociedades se impone una duración distinta para el contrato de leasing inmobiliario y para el mobiliario (cfr. art. 128.2).

En relación con el leasing inmobiliario conviene referirse al *lease-back*, que consiste en que el propietario del bien lo vende a la financiera que, a su vez, le cede el uso de ese mismo bien a cambio de unas cuotas periódicas y por un tiempo determinado. En este caso falta una de las tres personas que están presentes en el leasing propiamente tal aunque no falte un triple carácter en las dos únicas personas que intervienen en el *lease-back*: el vendedor del bien que, a su vez, será el usuario; y la financiera, que se lo compra al usuario y que le cede seguidamente a él la explotación; tampoco se da la

⁸ Así lo sostuve en <<Reflexiones>>, cit.

⁹ Sobre el leasing inmobiliario continúa siendo imprescindible AMORÓS, <<El leasing inmobiliario>>.

dualidad de contratos que caracterizan al leasing (sobre las anteriores distinciones, véanse STS 9 de julio de 1998 y de 20 de noviembre de 1999; AP Cantabria 19 de abril de 1999; AP Navarra 1 de junio de 1999).

La distinción formulada por algunos autores entre leasing *total* y *parcial* es irrelevante. Se establece la diferencia según que las cuotas periódicas que deban pagarse por el usuario cubran o no respectivamente el total del precio de mercado del bien objeto del contrato más el interés del dinero invertido en su adquisición más el beneficio de la empresa de leasing. Es una distinción doctrinal totalmente injustificada porque viene presidida por la falsa opinión de que el leasing total supondría necesariamente simulación relativa por encubrir una compraventa. Esta opinión, que se mantuvo en su momento por la jurisprudencia, en la actualidad no se puede mantener y es mayoritaria la jurisprudencia que no tiene por decisivo ese dato a los efectos de la simulación sino que ésta se deducirá de la conjunción de varios factores siendo incluso irrelevante el de la cobertura total (cfr. SSTS. de 28 de noviembre de 1997 y de 21 de noviembre de 1998; AP Toledo 5 del 11 del 94).

III. RÉGIMEN LEGAL DEL LEASING.

Hasta un RDL de 1977 el leasing vivió en España al margen del ordenamiento legal. Ese RDL lo define designándolo como arrendamiento financiero y asignándole unos efectos que sirven para que, como señaló la jurisprudencia a partir de entonces, se pueda afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como legítima la finalidad económico-jurídica del leasing, dándole carta de naturaleza entre nosotros. En rigor, la referencia al leasing en aquella norma legal no significaba absolutamente nada respecto de su régimen jurídico. La mención legal permitía decir que el leasing a partir de entonces era un contrato nominado, pero la denominación no implicaba nada respecto de la tipificación legislativa puesto que, pese a ser denominado, el leasing no se regulaba. Era evidente que antes del repetido RDL de 1977 el leasing tenía su lugar en nuestro ordenamiento positivo gracias al juego del principio de la autonomía de la voluntad, por eso el hecho de que el ordenamiento le diera nombre no suponía el dejar de tener que seguir acudiendo a la recta doctrina referida a ese principio y a sus límites extrínsecos e intrínsecos, así como a los principios inspiradores del régimen del tráfico de bienes, a la hora de valorar jurídicamente el concreto reglamento de intereses en cada caso dispuesto en un contrato encasillable en la descripción legal que se realizaba bajo el nombre de “arrendamiento financiero”.

Durante largo tiempo se ha mantenido la misma situación. En determinados cuerpos legales del orden fiscal o contable o de supervisión, vigilancia o regulación del crédito se ha continuado mencionando al arrendamiento financiero con el fin de incardinar sus efectos en cada uno de esos ámbitos. Así, es especialmente relevante la ya citada LDIEC cuya DA 7ª (modificada por las leyes 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades; 44/2002, de 22 de noviembre, y 3/1994 de 14 de abril), se dedica al arrendamiento financiero definiéndolo como operación de crédito por lo que afecta al aspecto institucional o de caracterización por la actividad de la empresa “arrendadora-financiera”.

Sólo de manera fragmentaria algunas leyes de orden sustantivo o con proyección sustantiva relevante se ocupan del leasing, siempre denominado como arrendamiento financiero. No existe en nuestro ordenamiento, a diferencia del Perú, un cuerpo legal entera y orgánicamente destinado al leasing, pero tampoco se le dota de un régimen

sistemático o que pudiere reconducirse a sistema a partir de distintos textos legales. Por esta razón suele decirse que el régimen legal del leasing en nuestro país es fragmentario. Una tal afirmación sin embargo no significa que el leasing viva al margen del ordenamiento. En él existen normas y principios más que suficientes para disciplinar al leasing siempre que éste se considere integrado en una *operación* compuesta por dos contratos que han de ser considerados en conjunto para poder captar la función que la operación cumple. Sólo viendo así las cosas se hacen manifiestos los aspectos en que el leasing es relevante a efectos jurídicos, y para todos esos aspectos tiene una respuesta bien precisa el ordenamiento jurídico, legal y extralegal.

Sin necesidad de detenernos en este momento en precisar las diferencias entre *operación* y *contrato*; subrayemos que, pese a ellas, la operación, como perteneciente al mundo del actuar humano, se reconduce al campo de los negocios jurídicos, y en concreto de los contratos, por lo que aunque, insisto, en puridad la operación no sea un contrato, su legitimación jurídica puede y debe concebirse en el ámbito de la legitimación de los contratos, legitimación que se opera en nuestro sistema jurídico en torno a su causa. La causa de la operación de leasing es una causa contractual y se resume, por lo tanto, en el intento o propósito empírico, de carácter económico, que ambas partes persiguen. Es en este punto donde pueden entrar en conflicto la causa de la operación de leasing con las causas de cada uno de los contratos que la integran. Conflicto que únicamente puede dirimirse mediante el análisis del conjunto de las cláusulas del contrato de leasing y su contraste con la doctrina relativa a los límites de la autonomía de la voluntad y con los principios del tráfico jurídico de bienes, pero que exige también considerar la consistencia de la causa del contrato de leasing con esa misma doctrina.

El límite que para la autonomía de la voluntad representa el derecho imperativo, *ex* artículo 1255 Cc, tiene en la actualidad muchas manifestaciones. Desde el punto de vista más general, al leasing financiero *regular*, es decir, el que se somete a todos los requisitos legales para disfrutar de las ventajas también legales, le han de ser aplicadas las normas relativas a los contratos de adhesión. Si además fuese *irregular* el contrato por ser parte en él un consumidor, supuesta la validez y eficacia del contrato en ese caso, habría de aplicarse en un sentido mucho más concreto toda la normativa sobre condiciones generales de los contratos así como sobre defensa de consumidores.

Es claro que el aspecto financiero de la operación exige acudir a la Ley Azcárate, represora de la usura. Ya señalé en mi primer trabajo que la sofisticación de la figura del leasing financiero no debía servir para la huída de dicha ley y que, de ser así, habría de considerarse fraude de ley. Hoy toda la doctrina reconoce la aplicabilidad en nuestro caso de la ley de usura; también lo hace la jurisprudencia (STS 27 de mayo de 1997; Asturias 11-6-96; Segovia 20 de febrero de 1997). Por otra parte, si en el contrato interviniera un consumidor se deberían aplicar las normas de la ley 7/1995, de crédito al consumo.

Singularmente significativa es la DA 1ª de la LVPBM, modificada por la vigente LEC. Se refiere al ejercicio de las acciones por la entidad financiera en el caso de incumplimiento del contrato por parte del usuario; se refiere igualmente a la inscripción del leasing en el RBM regulado en la propia ley. Por eso son también de interés los artículos 2.2 y 4.d. de la Ordenanza sobre el RBM publicada por O.M de 19 de julio de 1999. En relación con los problemas de la afectación a tercero por la operación de

leasing pero también en congruencia con su repercusión en el ámbito *interpartes*, tiene singular valor lo que se dispone por la LC. De ello tendremos que ocuparnos después.

Por supuesto que, al margen de todo lo dicho hasta aquí y por lo que al régimen jurídico del leasing se refiere, hay que mencionar el *corpus* de doctrina científica, y especialmente jurisprudencial, elaborado alrededor de los principios de la contratación por lo que mira tanto a la validez y eficacia de la figura como a la necesidad de que se satisfaga el equilibrio de las prestaciones y, en general, el principio de la buena fe.

Habida cuenta la configuración estructural del leasing y su función, sinceramente creo que sería muy dificultoso y, seguramente, muy peligroso también, intentar darle una regulación legal completa. Por eso me ratifico en lo que siempre he venido sosteniendo de que han de ser los tribunales los que al resolver cada caso vayan sentando los criterios jurídicos en verdad reguladores de la figura. Lo que hasta ahora la jurisprudencia nos enseña es que, en efecto, ha venido ininterrumpidamente comportándose de modo que para atender el conflicto en cuestión en cada caso ha acudido al sector del ordenamiento jurídico en concreto concernido.

IV. LA ATORMENTADA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING.

A- Significado de “naturaleza jurídica”.

Toca ahora, según es costumbre, tratar del tema de la naturaleza jurídica del leasing. Por supuesto que no incurriré en la herejía de no entrar en él, pero no será sin antes exponer mi convicción de que hablar de la naturaleza del leasing es una cuestión tan atormentada y atormentadora como inútil.

En primer lugar, porque las instituciones jurídicas carecen de naturaleza. Hablar de naturaleza en el campo de los contratos es un modo abreviado de expresar los rasgos definidores de su tipo; lo que ciertamente tiene importancia cuando se trata precisamente, como es nuestro caso, de una figura que no goza de una “tipicidad legislativa directa y completa”, sino que, mencionado el tipo contractual por la ley, tan sólo es objeto de regulación en alguno de sus rasgos. Además, tampoco puede decirse que el leasing sea objeto de una “tipicidad legislativa por remisión” pues no existe ninguna norma que remita al régimen de otro contrato para encontrar el apropiado para el leasing.

No es dudoso que el leasing es un tipo de contrato que, en cuanto que no está prohibido, responde a una causa contractual; esto es, responde a una causa en aquel plano de la abstracción en que pueden atribuirse a una figura los rasgos que la llevan a integrarse en el tipo de los contratos. Dada la amplitud del juego de la autonomía de la voluntad en nuestro Derecho, no creo que nadie haya puesto en duda en ningún momento la legitimidad de la figura contractual del leasing.

Pero la cuestión no está ahí, sino en encontrar el régimen jurídico que objetivamente puede deducirse de un grupo de normas que, de un lado, sirva de contraste para la validez y eficacia de las cláusulas establecidas por las partes en el contrato de leasing, y, de otro, permita integrar las lagunas del régimen convencionalmente pactado.

A efectos de esta doble consideración encuentra su sentido la tarea de calificación de cada contrato por parte del jurista, labor que se objetiviza mediante el recurso a la

llamada “naturaleza jurídica” del contrato. Pero ha de advertirse que ese tema de calificación o de búsqueda de la “naturaleza jurídica” se desarrolla necesariamente en el doble aspecto que acabo de señalar. Sin embargo no es infrecuente que la indagación sobre la “naturaleza jurídica” se limite tan sólo al reconocimiento de los elementos que dotan a la figura de estructura contractual y, puesto que se trata de un contrato no prohibido, se dice ser de naturaleza *sui generis* y se abandona su régimen al territorio de la autonomía de la voluntad. Al proceder así, en rigor no se ha resuelto nada porque nos habremos quedado sin saber ninguna de las dos cosas relevantes referidas tanto a la ponderación de la validez y eficacia de las cláusulas, como al conjunto normativo al que hayamos de acudir para integrar en su caso el contrato¹⁰.

B- La supuesta complejidad o combinación del leasing.

Suele ser frecuente en el terreno de la estéril discusión acerca de la “naturaleza del leasing” aludir a que se trata de un contrato complejo o mixto. Nada más alejado de la realidad; es compleja la *operación* de leasing en cuanto que integra dos contratos – el de compraventa y el de cesión de la explotación de la cosa- pero las partes que en ellos intervienen son distintas salvo en lo que se refiere a la empresa de leasing que participa en la génesis de ambos, bien que con diferente carácter. Por lo tanto está fuera de lugar hablar de leasing como contrato complejo o mixto. Con mayor propiedad se subraya que leasing es sólo el contrato entre la financiera y el usuario¹¹. Lo que no significa que en la relación generada por el leasing no irrumpen los efectos del contrato de la financiera con el proveedor, según luego veremos. No hay en modo alguno complejidad o combinación de prestaciones propias de diferentes contratos. Y sólo cuando en un

¹⁰ Por cierto que lo que me propuse hace ahora cuarenta años en *Reflexiones* fue precisamente resaltar la necesidad de esa doble tarea que no podía quedar suplida de tal modo que por el hecho de argumentar tan sólo en el plano de abstracción de la causa contractual debiera reconocerse la posibilidad de un contrato con los caracteres del leasing financiero pero con cualquier contenido. Vuelvo a insistir en que no se entendió o no se quiso decir que se entendió aquel propósito porque, en cambio, lo cierto es que las empresas de leasing atemperaron las cláusulas de los contratos, los autores que trataron de leasing lo hicieron ya atendiendo a la consideración de esas mismas cláusulas y, lo que es más importante, los tribunales realizaron desde entonces su tarea con el designio que me permití proponer en su día, aunque, dicho sea de paso, algún ponente, quizá por apresuramiento o váyase a saber que otra causa, llegara a hablar de la naturaleza del leasing como propia y distinta de la de cualquier otro contrato, y por lo tanto como *deus ex machina* para la admisión de cualquier cláusula. Lo primero nadie por cierto lo había negado nunca; a lo segundo no llegaban las sentencias que tan inútilmente sostenían un pronunciamiento como el señalado aquí. Es paradigmática de este poco meditado modo de proceder, que sin embargo, y por desgracia ha sido, al menos innecesariamente, continuado, la STS de 10 de abril de 1981. Por fortuna aunque el erróneo e innecesario *dictum* se mantiene en otras muchas sentencias, tanto del Alto Tribunal como de instancias menores, no se mantiene nunca lo que sería su errónea consecuencia.

¹¹ GONZÁLEZ VAZQUEZ, <<Contratos de arrendamiento financiero>> en *Contratos mercantiles* (DE LA CUESTA RUTE y VALPUESTA GASTAMINZA, coords.) 2ª ed., Barcelona, 2009 p.1300.

contrato se produce la mezcla de prestaciones debidas por las mismas partes procede hablar de contratos complejos o mixtos.¹²

Tampoco del hecho de que sea obligado que el leasing contenga una opción de compra del bien a favor del usuario según exigen las disposiciones legales se deduce que el negocio sea complejo o mixto. La opción es una facultad del usuario que se concede por la financiera como prestación del propio contrato de leasing. Las prestaciones que se deduzcan del ejercicio de la opción son ya prestaciones que derivan de un contrato nuevo y distinto del leasing y que tienen su origen en el consentimiento expreso del ejercicio de la opción.

Ahora bien, la complejidad de la *operación* – que no del contrato- no deja sin embargo de ser altamente significativa desde el punto de vista jurídico. Sirve por lo pronto para diferenciar el leasing financiero del operativo. Pero mucho más que eso, porque, en conjunción con todos los demás elementos del contrato de leasing, nos descubre su verdadera función económica a cuyo servicio se ponen las estructuras contractuales de la operación en su conjunto.

C- La función del leasing como causa del contrato.

La verdadera función económica, que constituye la razón de ser del leasing, no es otra que la de financiar la explotación de un bien que viene requerida por el proceso productivo del usuario. El fin empírico económico que mueve a las partes a celebrar el contrato de leasing es el de financiar la explotación del bien, de modo que puede decirse que en ese fin empírico reside la causa del contrato para una y otra parte: para la financiera y para el usuario, por lo que en verdad aquel fin de carácter económico trasciende el ámbito de los motivos subjetivos de alguna de las partes para llegar a poder ser considerado causa del contrato.

En rigor, es inútil buscar una naturaleza del leasing porque las técnicas jurídicas disponibles para lograr el repetido fin empírico son variadísimas y desde el punto de vista sustantivo bien conocidas e incluso legalmente reconocidas, y si las partes prefieren conjuntar algunas de ellas de un modo tal que de hecho quede desfigurado el resultado propio de cada una, no podrá ser por la razón de que mediante las técnicas bien conocidas no pudiere alcanzarse el fin, sino porque razones de política legislativa y de política económica, especialmente por lo que se refiere a la política del crédito¹³, hace más aconsejable en determinadas ocasiones recurrir a unas u otras técnicas. Esa es la razón por la que invariablemente se procede a determinar en cada caso si el contrato es o no simulado para asegurarse de que no se ha elegido el leasing para conseguir sin

¹² DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, 1993, vol. I, p.361 ss.; en el mismo sentido <<mixed contracts>>, en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, Múnich, 2009, en II-1.107).

¹³ La experiencia comparada nos ha demostrado que el endurecimiento de la política del crédito por las vías tradicionales, especialmente bancarias, fue determinante para el desarrollo del leasing que, por cierto, no es figura jurídica de ayer. DE LA CUESTA, *Reflexiones*, p. 541 ss; ROJO AJURIA, *El leasing*, p. 139 ss.

cargas o costes jurídicos el resultado que se seguiría también del uso de alguna técnica a que fuese obligado someterse¹⁴.

D- Mención de algunos tipos contractuales asimilables al leasing.

Por eso me parece inadecuado sostener que el leasing constituye un arrendamiento de cosas bien que con especialidades. Estas resultan ser tantas que, en realidad, atribuirle esa pretendida “naturaleza jurídica” no encierra ninguna utilidad. Las derogaciones del régimen legal del arrendamiento de cosas típico puede efectuarse legítimamente al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, pero tales derogaciones, incluso con las compensaciones que se incorporan en los contratos tales como la subrogación del usuario en la posición de la financiera como compradora frente al proveedor, eliminan la utilidad que pudiera tener el recurso a esa pretendida naturaleza jurídica. Si nada de lo propio del arrendamiento de cosas que no sea la estricta cesión del uso de la cosa *pro tempore* le es aplicable al leasing, no se entiende la insistencia en esa figura a no ser que su indirecta referencia se utilice tan sólo para huir de otra calificación por considerarse menos atractiva. Pero se comprenderá que, siendo esta la única razón para refugiarse en el arrendamiento de cosas, se pueda subrayar el carácter formalista de la referencia al arrendamiento con la consecuencia obligada de su rechazo por un ordenamiento causalista como el español.

Reducir el leasing al arrendamiento de cosas implica atender *exclusivamente* a la técnica utilizada por las partes que responde a la estructura del cambio temporal de cosa por precio. Pero esta asimilación olvida que la causa del leasing, esto es, del contrato, no está en el campo de fines a que sirve el arrendamiento. Los fines de éste consisten en que, de una parte, el arrendador hace *uso*, de la cosa objeto del arrendamiento precisamente al darla bajo esa figura contractual y, de otra, el arrendatario usa la cosa por el tiempo que necesita hacerlo. La realidad aquí es por completo distinta. El supuesto arrendador, de un lado, no usa la cosa al darla en leasing *pro tempore*; al contrario, la financiera de lo que hace uso es del *dinero* que la cosa le cuesta que por ello supone una inversión de *capital*; la cesión del *uso* de la cosa sólo se produce en vista del retorno de esa inversión con el producto del *uso* de la cosa por el usuario. De otro lado, el supuesto arrendatario, que sí desea poder *explotar* la cosa como *bien de capital*, encuentra en el leasing el modo de hacerlo mediante los medios financieros que para ello necesita. Como la cosa se precisa por el usuario por mientras es útil y resulta eficiente su empleo en el proceso productivo, el tiempo de duración del contrato se pacta según el previsto para la vida útil de la cosa, especialmente en el leasing mobiliario.

¹⁴ Es indudable la aptitud del leasing para constituir un negocio simulado, especialmente por aparentar o simular un leasing cuando la verdadera voluntad es la de ejecutar una compraventa. Por eso mismo son numerosísimas las sentencias que se fundamentan a efectos de sentar premisas del fallo que no se está ante un contrato simulado. En esta línea, entre las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, son de interés las de 28 de noviembre de 2001; 21 de enero de 2002, y 8 de febrero de 2002 por resumir jurisprudencia anterior en relación con cada uno de los motivos por los que podría considerarse simulado el contrato de leasing. Como es lógico, el punto de partida es que la simulación ha de probarse por quien la invoca (STS de 20 de julio de 2000). Por eso puede establecerse que el contrato encubría una verdadera compraventa en la STS de 11 de octubre de 2006.

Vistas así las cosas, se comprende lo inaceptable que resulta simplificar la operación reconduciéndola al arrendamiento de cosas aunque se diga que es especial. Para la financiera el hecho de no disponer de la cosa sino en vistas de la cesión de su explotación, excluye el riesgo de la actividad de la explotación de cosas. Para el usuario, su elección de la cosa y de su proveedor le permite contar justo con la cosa que precisa para el desarrollo de su proyecto productivo y explotarla del modo más eficiente.

También está fuera de lugar reconducir el leasing al préstamo mutuo, aunque no dejo de reconocer que este contrato se encuentra más cercano al leasing por razón de su causa; pero no debemos olvidar que las prestaciones contractuales en el leasing no se resuelven en las que son propias del préstamo de dinero y ni mucho menos se asimilan a las del comodato.

La entraña crediticia del leasing determinó, según es congruente con un sistema de economía en que el crédito está regulado, que se dotara a las empresas de leasing de un estatuto propio de las entidades de crédito. Ello se produjo mediante la citada LDIEC. Sería pues, un contrasentido discutir desde el punto de vista jurídico sustantivo la supuesta naturaleza del leasing sin tener en cuenta la posición que ocupa el crédito en la compleja operación en que el leasing se inserta. Esa centralidad del crédito no puede dejar de influir en las técnicas jurídicas utilizadas para pasar al usuario la facultad de *explotar* la cosa.

E- La naturaleza financiera de la operación.

La naturaleza financiera de la operación de leasing explica la derogación del régimen propio de un esquema de cambio de cesión temporal del uso de una cosa por precio tanto por lo que se refiere a las prestaciones vinculadas a la entrega, a la pérdida o destrucción de la cosa, a las reparaciones y a los defectos de la cosa misma como porque, en cambio, es menester que las cláusulas contractuales se dirijan a dotar de seguridad a la empresa de leasing respecto de que percibirá del usuario en cualquier circunstancia la totalidad de la inversión realizada, a cuya finalidad se ordena el dominio del bien.

Es obvio que la adscripción del leasing al campo de la financiación del uso de las cosas repercute indiscutiblemente en la economía del propio contrato por lo que se refiere a la relación *inter partes*. Pero la cuestión relativa a la propiedad de la cosa se resuelve sólo considerando conjuntamente la *operación*, porque únicamente su “naturaleza” financiera permite explicar el significado del contrato de compraventa del bien cedido en leasing por lo que se refiere al dominio de la cosa por parte de la financiera tanto frente al usuario como frente a sus acreedores y subadquirientes.

En el leasing, operación de crédito, la propiedad de la cosa, que es el elemento real del contrato, cumple una función de garantía de la prestación dineraria debida por el usuario. Y esto reconduce la operación de leasing por lo que se refiere a la garantía del crédito, al sector de figuras en que la propiedad funciona como garantía. Y la propiedad sólo puede concebirse en esa función bien si se produce algún acto por el que puede estimarse desdoblada la titularidad de la cosa bien porque se produzca un acto que impida la apariencia de la titularidad por quién no es propietario. En el primer caso estamos en el campo de la fiducia *cum creditore*; en el segundo, en el de la reserva de dominio sobre la cosa vendida y entregada.

Es por completo inadecuado identificar esta posición con una supuesta propuesta mía sobre la “naturaleza jurídica” del leasing consistente en atribuirle la de la compraventa con reserva de dominio. Lo único que sostuve y ahora reafirmo es que, teniendo en cuenta la derogación voluntaria del modelo legal del arrendamiento de cosas y su sustitución por el elenco de cláusulas usualmente contenidas en un contrato de leasing, así como teniendo en cuenta también otras cuestiones como la relativa a la forma del contrato, se ve claro que, por lo que se refiere a la propiedad –afectada en una operación de leasing-, hay que ponderar la validez y eficacia de tales cláusulas por contraste con lo dispuesto por el derecho sobre el verdadero designio de disfrutar de la cosa por parte del usuario por toda la duración de su vida útil y de despojarse de su disfrute la financiera, que sin embargo, gracias a la técnica arrendaticia, retiene la facultad de recuperar la cosa en cuanto arrendador pero, sobre todo, en cuanto dueño. Que por lo que se refiere a los aspectos jurídicos reales del leasing, se destaque como paradigma jurídico el de la compraventa¹⁵ no significa en modo alguno que se asimile el contrato de leasing al de compraventa. Pero que este es en verdad el paradigma se prueba de manera irrefutable sin más que considerar que el leasing mobiliario es objeto de análisis por los tribunales bajo el principio de causa simulada por su posible *relativa* simulación de una compraventa. A igual conclusión se llega al observar que la ley de compraventa a plazos de bienes muebles se ve en la necesidad de aludir al leasing aunque sólo sea para excluirlo de su ámbito objetivo. Y nada digamos de las disposiciones contenidas en la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles.

En la misma línea ha de situarse mi vieja propuesta de no perder de vista en el análisis dirigido a la simulación el negocio fiduciario, para el que por cierto me atuve en su momento a la doctrina del profesor De Castro¹⁶. Al negocio fiduciario se ha referido alguna sentencia¹⁷ y, por lo demás, parece muy plausible tenerlo en cuenta en el caso de leasing inmobiliario¹⁸.

No quiero dejar de reiterar que la opción de compra incorporada necesariamente al leasing, y sin entrar ahora en su utilidad y sentido práctico y no principalmente, como creo, formal, constituye una facultad del usuario que, si bien tiene su fuente en el contrato de leasing, desplegará los efectos propios de adquisición de la cosa como fruto del nuevo negocio jurídico que se perfecciona con el ejercicio de la opción por el usuario (cfr.SAP Alicante de 8 de julio de 1996).

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

A- Elementos Personales.

En el contrato de leasing, aunque se integre en una operación compleja en que intervienen tres personas, sólo son parte la financiera y el usuario. Si, como hemos

¹⁵ BERCOVITZ, <<El pacto de reserva de dominio>>, cit.

¹⁶ *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 419 ss.

¹⁷ STS de 13 de marzo de 1995; SAP Segovia de 23 de mayo de 1995; Del negocio financiero en relación con el leasing se ocupan las STS de 10 de abril de 1981; de 16 de mayo de 2000 y la SAP Zaragoza de 14 de diciembre de 1993.

¹⁸ AMORÓS, *El leasing inmobiliario*, cit., p 815 ss.

visto, de la complejidad de la operación no puede prescindirse a la hora de precisar la causa del contrato y, a su tenor, poder determinar su validez y eficacia, una vez practicada esa tarea es necesario atenerse a la dualidad de partes en lo que es propiamente el contrato que vincula a la financiera con el usuario, a cuyas cláusulas ha de estarse para conocer y precisar su contenido.

Ahora bien, pese a ello, hay que señalar que la conexión del contrato de leasing con el de compraventa, que se concluye entre la financiera y el proveedor del bien, se manifiesta en cuanto que, por virtud del leasing, se abre una vía de comunicación entre el usuario y el proveedor. Esa comunicación se da ciertamente porque así se establece en el contrato de leasing, pero la subrogación del usuario en la posición de la financiera en su condición de compradora del bien permite que aquel resulte legitimado activamente para proceder al ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa relativas a la cosa, que es el objeto o elemento real en ambos contratos. Luego puede hablarse de que, en virtud del contrato de leasing, se crea una *posición* del usuario frente al proveedor que puede convertirse en una verdadera *relación* entre ambos al menos de índole jurídico-procesal.

a) La financiera.

A partir de la DA 7ª de la LDIEC, la parte que cumple la función de financiar el uso de la cosa que ella compra al proveedor ha de ser una sociedad, por lo general anónima, caracterizada por su objeto social y a la que se le podrá dotar por parte del Gobierno de un estatuto especial acorde con ese objeto.

La financiera ha de tener “*como actividad principal la realización de operaciones de arrendamiento financiero*”, se permite que con “*carácter complementario... podrán realizar también las siguientes actividades*”:

“a) *Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos; b) Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura; c) Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero; d) Actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra; e) Asesoramiento e informes comerciales*”.

Nótese que entre las actividades reseñadas, unas son verdaderamente complementarias de la principal de participar en operaciones de arrendamiento financiero mientras que otras no responden a ese criterio y se incluyen en la citada DA de un modo oportunista. Pero mayor relevancia me parece que tiene que, según la propia DA 7ª de la LDIEC, las operaciones de arrendamiento financiero tendrán que ser desarrolladas no como objeto único pero sí principal.

Por virtud del Real Decreto 692/1996, se exige a las entidades que hayan de practicar el leasing autorización administrativa al comienzo de sus actividades así como darse de alta en el Registro administrativo que al efecto se lleva en el Banco de España.

Debe notarse que estas exigencias de régimen vienen requeridas como presupuestos tanto para gozar del régimen fiscal propio de las empresas de leasing como para no incurrir en sanción administrativa. Pero debe recordarse aquí que un contrato de leasing realizado por quien podríamos llamar empresa de leasing “*de hecho*” por no reunir los

requisitos previstos para ejercer regularmente esa actividad, no tendría que ser necesariamente nulo.

b) El usuario.

Según lo establecido en la DA 7ª de la tantas veces citada LDIEC, el usuario en el leasing ha de ser persona que realice explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales puesto que necesariamente a una explotación de tal carácter por parte del usuario han de quedar “afectos” los bienes objeto del contrato de leasing.

Es, pues, evidente que la operación de leasing se configura en torno a unos bienes que podemos llamar de *capital* en cuanto su uso consiste en una explotación productiva para el usuario. Esa explotación tanto puede ser empresarial propiamente dicha como profesional¹⁹.

El usuario debe ser la persona en cuyo nombre se ejerza la actividad productiva en la que se integra el bien objeto del leasing puede plantearse, pues, la pregunta de si la cualificación del usuario es requisito de validez y eficacia del contrato de leasing o si se tiene en cuenta sólo a efectos de su *regularidad*, es decir, para poder disfrutar de las ventajas de orden fiscal y contable. Desde luego, debe considerarse esencial en el leasing que el usuario sea quien vaya a usar la cosa directa y personalmente, pero puesto que no se trata de cualquier uso sino de precisamente de su explotación, entiendo que el usuario ha de ser un ejerciente de una actividad productiva o empresarial, en términos actuales, se diría que el usuario no puede ser un “consumidor”.

B- Elementos reales.

a) El bien que se cede.

Puede ser, a mi juicio, objeto de leasing cualquier bien susceptible de explotación²⁰. Sobre esta base es indiferente que el bien sea mueble o inmueble sin que ello no deje de repercutir en el tratamiento jurídico del contrato.

En rigor, el leasing sólo tiene sentido como contrato típico respecto de bienes cuya explotación es evaluable, es decir, cuando son susceptibles de ser integrados en un proceso productivo. Y, apurando el análisis, cuando es mueble, el bien debería ser de aquellos sobre los que influyen los procesos científico y técnico capaces de provocar su obsolescencia y por lo tanto la ineficiencia de seguir utilizándolo en aquel proceso una vez que se hayan incorporado mejoras en el *bien de capital* de que se trate.

Se podría decir que la cosa objeto de leasing ha de ser “*consumible*” desde el punto de vista técnico o tecnológico. Porque, atendida lo que podríamos denominar “economía del derecho de contratos,” aquella circunstancia no hace inútil acudir a un reglamento de intereses como el del leasing en supuestos en que se desea alcanzar el uso al que

¹⁹ STS de 27 de mayo de 1997; SAP Asturias de 19 de junio de 1996; SAP de Segovia de 20 de febrero de 1997.

²⁰ LÓPEZ JACOISTE, <<La idea de explotación en el Derecho civil actual>>, en *Revista de Derecho privado*, 1960, tomo XLIV, p. 351 ss.

precisamente se ordena el arrendamiento de cosas e, incluso, el comodato. Pero además la obsolescencia juega en el leasing mobiliario otra función sin la cual no se entiende la “invención” del contrato. Me refiero a que el tiempo de duración de la productividad eficiente de la cosa es determinante del tiempo de duración del contrato. Concluido éste, y si se ha operado con acierto, el valor de la cosa será tendente a cero. Así lo será tanto para el usuario, que sólo quiere la cosa para explotarla en un proceso productivo, como para la financiera, que sólo adquiere la cosa como inversión dineraria de la que se resarce mediante la contraprestación del usuario por poder explotarla. Lo que no quiere decir que ese término de duración sea *esencial* al contrato, y cabe que el leasing no se atenga a dicho término; pero subrayo que, de atenderse a él, constituye un dato relevante para entender el significado del contrato.

Esto que llamo “economía del derecho de contratos” se corresponde con una razón profundamente jurídica, la misma a la que obedece un sistema contractual de base causalista, como el español. No se trata de adentrarse aquí en el estudio del negocio *indirecto*, tan sugestivo por otra parte²¹. No hay inconveniente en admitir que el leasing en cuanto contrato responde a una causa propia que justifica su existencia, validez y eficacia. Pero esa causa legitimadora no se puede reducir a un mero esquema formal capaz de operar independientemente del fin empírico perseguido mediante el contrato, porque si se le reconoce aquella causa típica es precisamente por encontrarse acorde ese fin a los fines del Derecho. En este sentido, las circunstancias objetivas del bien objeto del contrato, tanto por lo que se refiere a las características inherentes a su naturaleza como a las referidas a su productividad por su integración en un proceso de esas características, me parecen absolutamente imprescindibles como datos conformadores de la figura contractual. Tanto si el bien mueble es consumible físicamente hablando o, por el contrario, no lo es en términos tecnológicos así como si no es corporal, no cabe hacerlo objeto o elemento real de un contrato de leasing mobiliario. Por lo tanto, no cabe hablar de un leasing “de hecho” o “irregular,” cuando el bien mueble no reúne las características indicadas; simplemente no habrá leasing.

La cuestión es importante a efectos de lo dispuesto en la DA 1ª de la LVPBM para el supuesto de leasing. En virtud de esta Disposición, los contratos de leasing pueden ser inscritos en el Registro de Bienes Muebles, pero para la inscripción se requiere que el contrato tenga por objeto bienes de los comprendidos en el artículo primero de la ley que exige que sean “corporales, no consumibles e identificables”. En mi opinión, se trata aquí de la consumibilidad en sentido físico.

b) El precio.

La contraprestación del usuario consiste en el pago de una cantidad de dinero. Luego el otro elemento real del contrato de leasing es el dinero; el dinero en su auténtica condición de poder de adquisición universal.²² Como el pago se fracciona normalmente en mensualidades, el pago total de la contraprestación se alcanza al término de la duración del contrato. Es importante subrayar aquí que, pese a denominarse rentas, los

²¹ DE CASTRO, *El negocio*, cit., p. 451 ss.

²² DE LA CUESTA, *El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*, OLIVENCIA, FERNÁNDEZ NOVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (coords.), en tomo 24, *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 2006, p. 25 ss.

pagos fraccionados no son tales, pues no retribuyen la cesión del uso del bien por el tiempo a la que la fracción del pago corresponde. En realidad, el pago debido por el usuario representa una prestación única, y no periódica, aunque por razones prácticas se fraccione. Cada fracción sólo es parcialmente satisfactoria para la financiera que únicamente queda totalmente satisfecha al recibir la integridad del pago como suma de todas las cuotas. Adviértase que el fraccionamiento se mantiene mientras dura el contrato y el usuario cumple perfectamente su obligación, porque si se produjera el incumplimiento, la financiera, como veremos, tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato con la percepción de todas las cuotas. Se produce aquí idéntica consecuencia a la que se sigue de la anticipación del vencimiento en los supuestos de préstamo mutuo o de crédito.

Nótese también que la integridad del pago de todas las cuotas debidas y pendientes hasta el fin de la duración del leasing no es alternativa que se brinde respecto de la restitución de la cosa a la financiera. El bien objeto del contrato debe también reintegrarse si es que el usuario no ejercita el derecho de opción, en cuyo caso tendrá que pagar el precio residual de la cosa, que es, independiente de la integridad de las cuotas del leasing.

Por eso, porque las cuotas no son rentas que retribuyan la cesión del uso del bien por el periodo de tiempo a que corresponden, no se calculan con arreglo a ese criterio sino que representan simplemente el cociente de dividir la cifra invertida por la financiera en la adquisición de la cosa cuya explotación se cede al usuario por el número de periodos en que se fracciona el tiempo de duración del contrato. Deliberadamente me refiero a la “cifra invertida” porque en ella se integra, junto al precio que la financiera paga al proveedor de la cosa, el interés del dinero por el tiempo que tardará en recuperarse y, por supuesto, el beneficio empresarial. Como otra manifestación más del carácter financiero de la operación, se admite que las cuotas se sometan a revisión periódica de acuerdo con índices de revalorización de carácter objetivo (cfr. S.T.S. de 1 de marzo de 2007).

Al margen por completo de las cuotas, insisto, se mantiene el precio que el usuario deberá pagar a la financiera caso de que ejercite la opción de compra del bien. Ese precio es, por la “economía del contrato”, absolutamente arbitrario; como se ha dicho, si se ha procedido con acierto el cuantificar las cuotas jurídicas, la explotación de la cosa carecerá de valor para el usuario una vez haya transcurrido el tiempo del contrato: la obsolescencia del bien exige – económicamente hablando, pues aquí estamos ante un derecho de contenido económico- su reposición. Y, por lo que se refiere a la financiera, la cosa tampoco tendrá valor, puesto que ni la quiso nunca ni la quiere tampoco ahora por sí misma ni podrá continuar cediendo a otro su explotación, cosa, para lo que además de no estar organizada, queda al margen de una operación de leasing futura *stricto sensu*, dado que se exige que la cosa cuya explotación se cede por medio de leasing tenga que adquirirse *ex profeso* por la financiera a requerimiento del usuario. De modo que, en realidad, el “valor residual” del bien al término del contrato de leasing tiende a cero o es radicalmente arbitrario. Por estas razones prácticamente la necesaria incorporación al contrato de leasing de una opción de compra acaba por tener un significado formal²³ por lo que se refiere a distinguir el contrato de otros con los que

²³ Es revelador que en las primeras versiones de las pólizas el “valor residual” por el que podía ejercerse la opción por el usuario era insignificante. Pero ante la corriente jurisprudencial que cifraba en

podiera confundirse, aunque tiene notables consecuencias materiales al término del contrato como veremos después.

VI. FORMA DEL CONTRATO.

El contrato de leasing es consensual, pero en la práctica se hace por escrito e incluso, como enseguida veremos por medio de póliza intervenida por fedatario. Por escrito ha de constar en todo caso para quedar sometido al particular régimen fiscal y contable previsto para el leasing.

El contrato de leasing puede ser inscrito en el RBM. Sin ser este el momento de entrar en el detalle de la distinción entre forma, como requisito esencial del contrato, y publicidad, que es una función de la forma²⁴, no es impertinente destacar su fundamental diferencia. Se habla de forma como requisito esencial del contrato cuando su ausencia determina la inexistencia misma del contrato. Este es el criterio desde el que se predica la consensualidad de cada contrato y, en general, de todos los contratos en un sistema espiritualista y no formalista como el español. Pero con independencia de esta acepción *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, la forma de un contrato puede cumplir otras funciones, de entre las que, a nuestros efectos, destaca la de ser medio de prueba del mismo, lo que resulta de singular importancia en el caso de que una de las partes se resista a cumplir voluntariamente el contrato o niegue su existencia. Igualmente es de utilidad en ocasiones llevar al conocimiento público la existencia de un contrato y su contenido; se trata entonces de la necesidad de que se invista al contrato de una forma que le dote de publicidad.

Cuando la publicidad se organiza alrededor de un Registro jurídico, entonces la forma escrita se hace indispensable para que, mediante la inscripción, sea el contrato oponible a todos gracias a los principios de publicidad formal y material que inspiran a los registros de aquel carácter. Como se comprende, la publicidad resulta de primordial importancia en aquellos casos como el leasing, que, referidos a una cosa, hacen incierto el derecho a disponer de ella libremente. En el caso de los bienes muebles la inscripción

ese punto la calificación del contrato según los parámetros de la simulación; se cambió esa costumbre. En la actualidad, la jurisprudencia no deja de valorar ese dato junto con otros para estudiar la simulación. Pero no merece la pena detenerse en ello ahora; sólo interesa subrayar que el carácter financiero de la operación de leasing resulta innegable y que aunque ese carácter no impida aceptar que el contrato responda a una causa legítima, no debe desligarse la interpretación y ejecución del contrato de aquel carácter financiero.

Por lo tanto, me veo en la necesidad de insistir en que, por lo que se refiere la proyección del contrato de leasing en el derecho sobre la cosa, el de dominio o propiedad de la misma cumple una función de garantía, pues ni el propietario la quiere para explotarla directa ni indirectamente, ni el que explota la cosa como si fuera propietario, lo es. Pero por lo mismo, no se confunde el leasing con una compraventa a plazos con reserva de dominio. No porque la ley la excluya de su ámbito (cfr. art. 5 LVPBM), sino porque si en la operación de leasing está la compraventa, adquiriendo la empresa de leasing el dominio es, a efectos de garantizarse la prestación dineraria por parte del usuario, que le retribuye su posición inversora para que pueda usar él la cosa eficientemente.

²⁴ Sobre el particular, CANO MARTÍNEZ, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990, *passim*.

registral deja sin efecto a la apariencia de titularidad aparejada a la posesión (cfr. art.464 Cc). Para que se inscriba el leasing en el RBM es necesario que conste por escrito en un modelo oficial (art.10 ORBM). No obstante, en relación con el leasing sobre bienes muebles, la inscripción en el RBM es potestativa según el tenor de la DA 1ª LVPBM. Luego la no inscripción no irremediablemente lleva a la inoponibilidad del contrato frente a terceros.

El problema de la oponibilidad del contrato tiene un doble aspecto. En primer lugar, el relativo a la prelación del derecho de crédito de la empresa de leasing frente a los créditos de los acreedores del usuario; en segundo término, el que se refiere al derecho de disposición del bien por parte de este último.

Por lo que se refiere al primer punto, el leasing no se sustrae al régimen general que sobre “concurrentia y prelación de créditos” se contiene en el CC. Únicamente conviene señalar que en la actualidad este régimen- que, por lo demás, se encuentra en obligada revisión por mandato legal- se aplica en los supuestos en que el deudor no está sometido a la ejecución universal, situación para la que la LC contiene reglas especiales.

Nunca en nuestro Derecho se ha exigido para la prelación de créditos otra cosa distinta de que el crédito, líquido y exigible, sea de fecha anterior. La anterioridad de la fecha puede probarse por cualquier medio admitido en Derecho (cfr. STS de 10 de junio de 1958). Puesto que la financiera es propietaria de la cosa, la LEC, en su art. 595, configura su derecho como tercería de dominio facilitando que pueda ejercitarla la empresa de leasing frente a las pretensiones de embargo del bien por los acreedores del usuario por crédito de fecha posterior al contrato de leasing (cfr. STS 30 de diciembre de 2002). Nótese que no es presupuesto del ejercicio de la tercería de dominio la inscripción del contrato de leasing en el RBM. De estarlo, la financiera disfrutaría además de la llamada tercería registral *ex art. 24.3 ORBM* de acuerdo con lo establecido en la DA 1ª y el artículo 15 LVPBM.

Por lo que se refiere al traspaso del dominio de la cosa objeto del leasing por parte del usuario a terceros, si el contrato de leasing no se ha inscrito en el RBM, la empresa financiera sólo podrá hacer valer su derecho frente a los subadquirientes del bien si prueba que el contrato de leasing es anterior a la transmisión y además la mala fe del adquirente. Sólo el contrato de leasing inscrito en el RBM es por completo oponible frente a todos, salvada siempre la buena fe, y si alguno quisiera contestarlo deberá pedir su nulidad previa a la cancelación de la inscripción registral.

Pero, con independencia de su exigencia para la inscripción del contrato, es indudable el valor que cabe conceder no solo a la forma escrita sobre la oral, sino sobre todo a la naturaleza pública del documento escrito. De aquí la costumbre de suscribir el contrato de leasing en póliza intervenida por notario que dota de fehaciencia no sólo a la existencia del contrato mismo, sino a la fecha de su perfección. Si el documento fuese privado habría que probar su fecha por otros medios de prueba.

Si el leasing inmobiliario se hace constar en escritura pública tendrá acceso al Registro de la Propiedad, pero no es necesaria esta inscripción para poder inscribir la propiedad del bien a favor del usuario en el caso de que ejercite la opción de compra pues, como ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994, la propiedad podría en tal caso registrarse a favor

del usuario a partir de la titularidad de la financiera que devino propietaria en virtud de la compraventa inscrita a su favor²⁵.

VII. CONTENIDO DEL CONTRATO.

A- Obligaciones y derechos de la financiera.

La obligación fundamental de la financiera es la de procurar al usuario la explotación pacífica de la cosa por el tiempo de duración del contrato.

Dicha obligación implica: i) que la cosa le sea entregada al usuario; ii) mantener al usuario en dicha posesión por el tiempo de duración del contrato; iii) consentir que el uso que se le de a la cosa consista en su explotación en el conjunto productivo del usuario.

a) Obligación de entrega de la cosa.

Todas estas prestaciones, que tienen a la cosa como centro, se vinculan necesariamente en el leasing a otra obligación que, ordenada a su cumplimiento, resulta por ello instrumental. Se trata de la obligación de la financiera de comprar la cosa al proveedor.

Ha de notarse que, de acuerdo con la definición legal del leasing, la cosa sobre la que recae no pertenecerá a la empresa financiera pues se precisa que el bien reúna las especificaciones técnicas señaladas por el usuario así como que éste señale al proveedor. Y esta nota no está desprovista de sentido porque, en primer lugar, la cosa se requiere por el usuario como *bien de capital* respecto de un proceso productivo; en segundo término, y como en seguida veremos, la financiera se descarga de muchas obligaciones referidas al uso de la cosa por mientras dura el contrato subrogando al usuario en su posición frente al proveedor de la cosa. En la economía del contrato de leasing está que la cosa discurra desde el proveedor al usuario sin mediación de la financiera. Sin embargo en dicha economía del leasing no está que necesariamente haya de ser nueva la cosa, basta que reúna las características definidas por el usuario, aunque lo natural es que, en efecto, la cosa sea nueva. Tampoco es esencial que el contrato por el que la financiera se procure la disposición de la cosa tenga que ser necesariamente de compraventa. Ni siquiera pensando en la incorporación al leasing de una opción de compra a favor del usuario se hace imprescindible que la financiera haya de comprar la cosa, puesto que en el derecho español la compraventa, y con más motivo la opción de comprar, son negocios puramente obligacionales.

Por la misma razón, los términos en que esté concebido el contrato por el que la financiera adquiere el poder de ceder la explotación de la cosa son indiferentes para el leasing, con tal que den lugar a que el usuario disfrute de las prestaciones debidas según ese contrato. Lo natural, sin embargo, es que el contrato entre la financiera y el proveedor sea de compraventa. Entrega de la cosa, saneamiento por vicios y saneamiento por evicción deben constituir el contenido del contrato entre la financiera y el proveedor de la cosa previo al contrato de leasing entre la financiera y el usuario.

²⁵ Se advierte así cómo efectivamente la opción de compra se configura como un negocio jurídico autónomo que, de estar inscrito en el registro, se califica como derecho real según ha determinado la RDGRN de 26 de octubre de 1998.

Concluir aquel contrato es obligación de la financiera para que, a su vez, pueda cumplir su obligación principal en el contrato de leasing frente al usuario.

Ahora bien, para que frente al usuario esté *in obligatione* la conclusión de aquel contrato por la financiera es necesario que el usuario se haya obligado a pagarle las cuotas del leasing. De aquí que, ya desde sus comienzos, la *operación* de leasing por lo que se refiere al *contrato* de leasing se documentaba en dos escritos. Uno era un contrato normativo, que daba lugar después a otro en el que ya se recogían las condiciones particulares del leasing.

Con independencia de que en la actualidad se siga o no esta práctica, el leasing propiamente tal no comienza hasta que la cosa le es entregada al usuario o le es puesta a su disposición. Así se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2000 y de 25 de enero de 2001. Otra cosa es que suela pactarse la obligación del usuario de reclamar la entrega de la cosa al proveedor e incluso que se haga responder al usuario de los daños y perjuicios que se sigan de la falta de entrega de la cosa dada la elección que él hizo del proveedor y de la cosa y dado también que la no entrega es causa de resolución del leasing. Naturalmente que a la no entrega equivale la entrega de cosa distinta.

b) Obligación de mantener la cosa en el pacífico disfrute del usuario.

Sentado que la prestación fundamental del contrato de leasing por lo que afecta a la empresa financiera es la de procurar al usuario la explotación pacífica de la cosa por todo el tiempo de duración del contrato y que, por lo tanto, esa es la prestación que principalmente se retribuye por el usuario mediante su propia prestación, es de interés especificar el contenido en que aquélla se desenvuelve por lo que se refiere a las vicisitudes que, constante el contrato, pueden alcanzar a la cosa.

Y en este punto ha de subrayarse que la financiera se queda a cubierto de los riesgos que afectan a la cosa. Esto se logra mediante las cláusulas de exoneración de cualquier obligación que pueda surgir en relación con la satisfacción que procure la cosa al usuario en cualquiera de los momentos de duración del contrato; las vicisitudes que influyan en la insatisfacción del usuario no inciden en la perpetuación de su prestación frente a la financiera. Para remediar la ruptura del equilibrio de las prestaciones que representa esta circunstancia, se tiene establecido por la jurisprudencia, con aplauso de la doctrina, que la exoneración por los riesgos de la cosa sólo será válida si se prevé - como es usual- en el contrato de leasing la subrogación del usuario en la posición de la financiera frente al proveedor (cfr. STSS. de 21 de diciembre de 2001 y de 24 de enero de 2002). Claro es que la subrogación no cubre en realidad la integridad del interés del usuario por lo que se refiere al disfrute de la cosa, pues deja sin atender el supuesto de su pérdida o destrucción por caso fortuito y el de la exigencia de reparaciones extraordinarias, cuestiones para las que el Código Civil en su regulación del arrendamiento de cosas contiene soluciones tendentes a preservar el equilibrio entre las prestaciones y de las que también se desentiende la financiera en el leasing.

c) Obligación de soportar el derecho de opción de compra del usuario.

A partir de la LDIEC (DA 7ª) no puede negarse que al leasing debe incorporarse una opción de compra a favor del usuario. La jurisprudencia (cfr. entre otras, la STS de 7 de febrero de 1995) considera “elemento esencial” del contrato la opción de compra a

favor del usuario. Se acaba así con las dudas generadas en un sector de doctrina sobre el carácter que cabía conceder a la opción de compra en el contrato de leasing²⁶. De esta suerte, la incorporación de la opción de compra al contrato pone a cargo de la financiera la obligación negativa de no disponer de la cosa de modo que se frustre el derecho de opción del usuario; esa obligación ha de mantenerse mientras no caduque este derecho.

Sin ánimo de agotar la naturaleza y el contenido del derecho de opción del usuario, sí convienen unas palabras sobre el particular. Ya se considere la opción como un vínculo surgido de una oferta irrevocable que se consumará con la aceptación del optante o beneficiario, ya se estime como un vínculo de naturaleza bilateral, es lo cierto que en todo caso el optante disfruta de la facultad configuradora del negocio transmisor de la propiedad de la cosa. Si se trata de una facultad o de un derecho es indiferente a efectos de considerar que desde la concesión se incluye en el patrimonio del optante, el usuario en nuestro caso. Es interesante subrayar que el derecho o facultad del optante se somete a un plazo de caducidad, que no de prescripción. En el caso de la opción de compra incorporada al contrato de leasing es de especial relevancia determinar el momento en el que la opción puede ejercerse válida y eficazmente. De acuerdo con el orden natural de las cosas, la opción debe poder ejercitarse en nuestro caso una vez se haya extinguido la duración prevista en el contrato de leasing para la cesión de la explotación de la cosa, pero nada se opone a que se reconozca su posible ejercicio en cualquier momento de duración del contrato, aunque en tal caso deberá practicarse una liquidación tendente a la satisfacción del interés contractual positivo de la financiera; ello no obstante, lo usual es que el ejercicio del derecho de opción surja a partir del momento en que se ha satisfecho la financiera mediante la percepción de la integridad de las cuotas periódicas del leasing. Pudiera decirse que en realidad el derecho de opción se somete a la condición de dicho cumplimiento, por lo que el plazo que puede señalarse para su ejercicio comenzará a partir de aquel momento y al término del plazo se producirá la caducidad del derecho.

Pese que no es el momento de detenernos en la naturaleza del derecho de opción, ha de resaltarse que, a partir de la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles, que es un registro jurídico, y visto lo que en él se dispone sobre la inscripción del leasing y de la opción de compra, debe concluirse la semejanza entre el derecho de opción en nuestro caso y el derecho de opción inscrito en el Registro de la Propiedad. La aplicación, pues, a nuestro caso por analogía de lo dispuesto en el art.14 del Reglamento Hipotecario parece más que justificada.

B- Obligaciones y derechos del usuario.

a) El pago de las cuotas.

La obligación principal del usuario consiste en pagar a la financiera las cuotas pactadas. También en este caso a esa obligación principal se ordena la obligación instrumental de recibir el bien, con la consiguiente posible incursión en mora *accipiendi*. Subrogado el usuario en la posición de la financiera frente al proveedor, sobre él pesa la carga de exigir la entrega de la cosa si es que no quiere incurrir en la responsabilidad frente a la financiera derivada de la falta de entrega. Por otra parte, es

²⁶ GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 2002, p. 96 y ss.

absolutamente lógico que sobre el usuario pese la obligación de dar a la cosa el uso previsto en el contrato y velar por su correcta conservación.

La obligación del usuario de pagar las cuotas establecidas es una obligación que ha de ser cumplida en su integridad cualesquiera que sean las circunstancias concernientes a la cosa una vez que ésta haya sido entregada. Usualmente las cuotas se documentan en títulos cambiarios aceptados o firmados por el usuario. Junto a la obligatoriedad de suscribir una póliza de seguro en los términos de que luego se hablará, la documentación de las cuotas en títulos cambiarios es una manifestación irrefutable de la función económica del leasing, aunque no necesariamente lo sea de su carácter simulado²⁷.

Las cuotas se pagan durante todo el periodo con arreglo a su condición dineraria *stricto sensu*, es decir, según el principio nominalista del dinero; lo que no quiere decir ciertamente que no se pueda establecer en el contrato procedimientos de revisión contrarios al citado principio siempre que la revisión se practique según criterios objetivos e independientes de la voluntad de la financiera. Practicada en su caso la revisión según los términos del contrato, no podrá el usuario invocar el resultado desproporcionado para eximirse del pago (STS 1 de marzo del 2007).

b) La suscripción de un contrato de seguro.

Puesto que la financiera se exonera de toda responsabilidad por los vicios o averías de la cosa que impidan su explotación llevando su exoneración hasta el extremo de no interrumpirse su derecho a percibir las cuotas aun en el caso de su pérdida o destrucción sin su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, la financiera impone al usuario la obligación de contratar un seguro que le cubra de los riesgos de avería, pérdida o destrucción de la cosa mediante la indemnización que sustituya el pago de las cuotas. Como ya expresé hace cuarenta años, esta obligación también hace patente la verdadera función económica del leasing: el usuario celebra el contrato y asume la obligación de pago pensando en cumplirla con los rendimientos que le procure la explotación productiva de la cosa.

c) La restitución de la cosa.

Es obligación del usuario entregar la cosa a la financiera al término del contrato de leasing. Adviértase sin embargo que dicha obligación se hace depender de que el usuario no ejercite la opción de compra que necesariamente se integra en todo contrato de leasing. Porque de ejercitar esa opción, mediante *constitutum* posesorio se produciría la *traditio* que, acompañando al negocio de compraventa, invertiría al usuario de la propiedad de la cosa. Importa subrayar en todo caso que el ejercicio de la opción de compra es una facultad del usuario y no una obligación. Es de notar, pues, que no siempre estará presente la obligación de entregar la cosa a la financiera al término del contrato, sólo tendrá lugar cuando el usuario no ejercite la opción de compra.

Pero deberá restituirse el valor de la cosa si no se restituye ésta. Si se ejercita la opción, porque debe entonces pagarse su precio; si la cosa se hubiese perdido sin culpa propia de la financiera, porque la indemnización del seguro presta cobertura a su valor.

²⁷ Véase STS de 21 de enero de 2002.

Se advierte bien que la restitución del valor de la cosa sustituye a la de la cosa misma bien en un supuesto previsto en el contrato de leasing (ejercicio de la opción) o bien en aquellos casos en que no es posible la restitución de la cosa por haberse perdido. La cuestión que en este punto puede plantearse es la de saber qué sucede cuando la cosa no puede restituirse por haber dispuesto de ella el usuario.

Como el contrato de leasing no confiere al usuario la facultad de disposición de la cosa, de haberla traspasado, se habría producido una venta *a non domino* con la consecuencia de investir al adquirente de la cosa de la titularidad sobre la misma siempre que fuese de buena fe. Desde este punto de vista, contemplada la relación entre usuario y financiera, el traspaso de la titularidad no es otra cosa que un supuesto más de conversión de la restitución de la cosa en la de su valor. Incluso se podría tener en ese caso por ejercitada en su momento la opción de compra. Sin embargo las incertidumbres que genera la disposición de la cosa por el usuario constante el contrato de leasing, ha llevado a darle entrada en el RBM, que, como Registro de titularidades y no sólo de cargas o gravámenes, publica frente a todos que el dominio de la cosa no pertenece al usuario. Y lo publica con el alcance del principio de legitimidad del Registro que implica la presunción de exactitud y veracidad de los hechos inscritos y la salvaguarda de los asientos por parte de los Tribunales.²⁸

VIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

A- Incumplimiento de la financiera.

Dejando al margen supuestos por completo anormales, tales como el obstáculo por parte de la financiera para la explotación de la cosa por el usuario o la sustracción de la cosa de sus manos, de hecho la única obligación que puede ser incumplida por la financiera con repercusión en el contrato de leasing es la de no procurarse la cosa de modo que pueda cederla.

Si como hemos visto, el contrato de leasing no comienza antes de que la cosa le sea entregada al usuario, no por ello dejará de ser responsable la financiera por virtud del contrato en el caso de que la entrega no se produzca o se produzca con retraso debido a su propia conducta. Pero ese es el único supuesto en que la financiera queda responsable ante el usuario del cumplimiento del contrato, puesto que, como sabemos, por lo que se refiere a los demás aspectos del uso de la cosa la financiera se excusa de sus obligaciones subrogando al usuario en su posición frente al proveedor de la cosa.

Por otra parte la financiera puede incumplir la obligación que le incumbe de no disponer de la cosa de modo que se haga imposible el derecho de opción del usuario. De la cuestión se ha tratado anteriormente.

B- Incumplimiento del usuario.

En el supuesto de que el usuario incumpliere su obligación de pago de las cuotas periódicas, la financiera podrá elegir entre exigir el cumplimiento o bien la resolución del contrato, en ambos casos con la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Elegido el cumplimiento, opera en nuestro caso la anticipación del vencimiento respecto del pago de las cuotas no vencidas, pero respecto de la opción de

²⁸ Véanse, entre otras, RRDGRN de 23 de octubre de 2002 y 5 de febrero de 2004.

compra, dependiendo de los términos del contrato, pueden considerarse dos hipótesis. En la primera de ellas se exigiría al usuario el pronunciamiento sobre la opción de compra una vez satisfechas todas las cuotas periódicas dispuestas en el contrato. En la segunda, se esperaría al momento en que originalmente el usuario debiera pronunciarse de no haberse dado su incumplimiento del pago de las cuotas. Nótese que, anticipado el pago de las cuotas, no existe razón para que no se mantenga el término en que ha de ejercitarse la opción de compra puesto que la retención de la cosa por parte del usuario hasta ese momento se ha retribuido a la financiera por definición con el pago de las cuotas.

Si, por el contrario, la financiera prefiriese la resolución del contrato, además de la indiscutible entrega de la cosa por el usuario (porque nótese, que resuelto el contrato, queda también sin efecto la opción de compra) deberá éste pagar las cuotas devengadas y que se devenguen hasta la entrega de la cosa; la jurisprudencia ha venido interpretando que en lo que la reclamación de la financiera exceda de las cuotas devengadas y no pagadas ha de considerarse aplicación de cláusula penal que, a tenor de lo establecido en el art. 1154 Cc, se somete a la moderación por los tribunales. Sin embargo, a partir de la LDIEC, en el caso de resolución contractual se admite el derecho de la financiera a percibir, por supuesto, las cuotas devengadas y no pagadas pero también la parte de las no vencidas que estaba destinada a enjugar la parte del precio que la financiera pagó por el bien (STS 4 de diciembre del 2007) y siempre teniendo como referencia el momento de entrega de la cosa por el usuario a la financiera (STS 19 de mayo del 2006). Según la DA 1ª de la LVPBM, modificada por la DF 7ª.4 LEC, la empresa de leasing tiene a su disposición para exigir el cumplimiento del contrato el procedimiento declarativo, el monitorio o el de ejecución según proceda dado lo dispuesto por la propia LEC. Además, e innecesariamente como señala la doctrina en general, se considera título para el procedimiento de ejecución el documento en que conste el contrato según los términos de los números 4 y 5 del art. 517 LEC. Debe advertirse que en la resolución del contrato cursan por cauces distintos la devolución de la cosa y el pago de las cuotas debidas y no pagadas, sin que para este derecho se reconozca la menor garantía o privilegio. Ello, no obstante, todavía la tutela del derecho de la financiera se reforzó en la LVPBM para el caso de la resolución del contrato.

IX. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

A- Causas normales de terminación.

Aparte de por el mutuo disenso, susceptible de aplicarse a todo contrato, el modo propio de extinguirse el leasing consiste en el transcurso del tiempo pactado para su duración. También por razones de índole económica las disposiciones legales parten de una duración del contrato acorde con el medio plazo y en todo caso como mínimo de dos años para el leasing mobiliario y de cinco para el inmobiliario.

No se descarta la posibilidad de una prórroga del contrato. De modo que el contrato de leasing concluye o bien por la llegada del término o bien por la llegada del término previsto para su prórroga. Aún en el supuesto de que se ejercitara por el usuario la opción de compra, ese ejercicio no implica ninguna prolongación de la duración del contrato de leasing pues la opción tiene como momento adecuado de su ejercicio precisamente el del término del contrato de leasing; si bien tampoco existe, en principio, ningún obstáculo para que se le conceda al usuario la facultad de ejercer la opción en un momento anterior siempre que en ese momento pague la totalidad de las cuotas debidas

por la integridad del contrato más el precio de la cosa. En todo caso por el ejercicio de la opción de compra no se prorroga el contrato de leasing porque la relación jurídica que permite pensar que un vínculo se prolonga entre las partes es la que deriva del nuevo contrato de compraventa que se habrá consumado.

B- Resolución del contrato por incumplimiento.

a) Incumplimiento de la financiera.

Conviene destacar que un incumplimiento resolutorio sólo se concibe a partir de las prestaciones debidas por el usuario, y singularmente por su prestación fundamental de pagar las cuotas. Debemos recordar a estos efectos que a la empresa de leasing no le incumbe, constante el contrato y supuesta su conducta regular, que excluye por ejemplo la destrucción de la cosa por su culpa o su sustracción, ninguna obligación susceptible de provocar por su incumplimiento la resolución contractual. No obstante será responsable en el caso de no procurarse la cosa que debe ceder al usuario, pero eso implicará que el leasing no comienza a producir efectos, y no que este contrato se resuelva, sin perjuicio de la responsabilidad que le alcance a la financiera por su propio incumplimiento de las prestaciones que le incumben en virtud de la compleja relación jurídica creada por la operación de leasing. Por otra parte, una jurisprudencia, que reputo acertada (SAP de Barcelona 5 de julio de 1986; SAP de Madrid 1 octubre de 1987), sostiene que la falta de entrega de la cosa por parte del proveedor, aunque haya sido escogido por el usuario, da lugar a la resolución del leasing. En general puede afirmarse que si se resuelve la compraventa se resuelve también el leasing, aunque ello no suponga la responsabilidad de la financiera y pueda suponer en cambio la responsabilidad del usuario.

El acto de entrega de la cosa se realiza por el proveedor directamente al usuario, sin que la financiera asuma ninguna actuación. En consecuencia, se confiere al usuario la legitimación para instar la resolución del contrato de compraventa en el caso de falta de entrega de la cosa o en el de entrega de *aliud pro alio*. Se estima que en esos casos el usuario ha de percibir el precio que la financiera pagó más la indemnización de los daños y perjuicios, por lo que como no tiene que pagar las cuotas a la empresa de leasing se produciría un enriquecimiento no justificado si no entregase a la financiera lo que reciba del proveedor menos la parte que a él le corresponda como indemnización por los propios daños y perjuicios por él sufridos. Un régimen semejante debe aplicarse para el caso de cumplimiento moroso de la obligación de entrega de la cosa.

El incumplimiento de la obligación derivada de la opción de compra otorgada al usuario no deja de tener influencia en las prestaciones debidas según el leasing. El carácter proteico que al leasing le reconoce singularmente la jurisprudencia si quiere decir algo ha de ser que serán los términos del contrato los determinantes de si en las cuotas –prestación del leasing- se incluye o no en parte la remuneración por la concesión de la opción e incluso la correspondiente al precio de la cosa.

Vemos pues que no deja de poderse plantear problemas en relación el incumplimiento resolutorio por parte de la financiera. Mas la resolución del contrato de leasing por incumplimiento encierra verdadero interés y gana en densidad jurídica cuando se debe al impago de las cuotas por parte del usuario.

b) Incumplimiento del usuario.

Para el caso de que el usuario incumpla su obligación de pago de las cuotas del leasing, a partir de la LVPBM se cuenta con un expeditivo procedimiento siempre que el contrato esté inscrito en el RBM o constase en documentos del tipo de los descritos en los números 4 y 5 del art. 517 LEC, esto es, en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario (cfr. DA 1ª. 3 LVPBM).

Sustancialmente las piezas del procedimiento consisten en un requerimiento de pago por medio de fedatario al usuario, advirtiéndole de este procedimiento y por tanto de que deberá restituir la cosa en caso de no pagar. En los tres días hábiles siguientes debe el usuario pagar o devolver la cosa y, no haciéndolo así, se tendrá expedito el camino para ejercitar la opción que, en juicio verbal y con carácter sumario, se dirigirá a que el juez ordene la entrega de la cosa.

Como con acierto ha señalado la doctrina, se instaura de este modo un procedimiento de corte interdictal dirigido a recuperar la cosa. Al prescindirse de la subasta como medio para obtener el pago de lo debido con el valor de realización de la cosa, y supuesto que la causa resolutoria a cuyo efecto se habilita el referido procedimiento sea el del incumplimiento del pago de las cuotas, parece que la propiedad sobre la cosa por la empresa de leasing no se configura como función de garantía del pago. Sin embargo no debe ser ésta la conclusión, sino, al contrario, la de sostener la inadecuación del procedimiento dada la verdadera función de garantía que cumple el dominio según se deduce de la articulación de los distintos elementos configuradores de la compleja *operación* de leasing. Y en este sentido no le falta razón a la doctrina que sostiene que con el procedimiento de referencia se legitima el pacto comisorio²⁹. Por lo demás, el sistema parece contradictorio con el establecido por la ley para el supuesto de concurso del usuario.

La diferencia de trato sin embargo se recorta e incluso desaparece si, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de abril del 2001) el procedimiento indicado se considera dirigido a la recuperación de la cosa por lo que no puede ejercitarse si, previa o simultáneamente, no se ejercita la verdadera acción resolutoria del contrato. Y, por supuesto, al margen quedan las pretensiones dirigidas propiamente al pago tanto de las cuotas debidas por el usuario como de la indemnización correspondiente al incumplimiento. Es razonable sostener que la acción cuasi-interdictal indicada antes no ha de convertirse en fuente de enriquecimiento injustificado al combinarse con la acción resolutoria. Un criterio satisfactorio en este sentido consiste en que no debe aceptarse que el incumplimiento del contrato resulte ventajoso para la financiera. Así lo señaló acertadamente la sentencia de 12 de junio de 1998. Pero no cabe establecer una regla unívoca por la facultad moderadora de las penas convencionales reconocida en el Código civil³⁰.

X. EL CONTRATO DE LEASING Y EL CONCURSO DE ACREEDORES DEL USUARIO.

²⁹ FERNÁNDEZ, <<El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la ley 1/2000 ha introducido en la ley de venta de bienes muebles a plazos>>, en *Revista de Derecho mercantil*, nº 239, 2001, p. 201 ss., *passim*.

³⁰ SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989, p. 217.

El concurso de acreedores regulado por la ley de 9 de julio de 2003 (LC) contempla el contrato de leasing financiero de manera expresa bajo dos aspectos. En relación con el concurso del usuario, la ley, de un lado, se dirige a especificar el tratamiento que ha de merecer el crédito de la financiera por las cuotas periódicas debidas por el concursado; de otro, se refiere al leasing al tratar del ejercicio de la acción de separación de la cosa por la financiera. En suma, el leasing es objeto de consideración legal desde el punto de vista tanto de la “clasificación de los créditos” que pesan sobre el patrimonio del usuario concursado (masa pasiva del concurso) como de la consideración de los bienes de éste afectos a la satisfacción de los créditos concursales (masa activa del concurso).

Ese doble tratamiento legal ha dado lugar, a mi juicio, a una cierta desorientación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Básicamente esa desorientación se produce en razón de que el art.56.1-II LC se refiere por su lado a la acción recuperatoria del bien cedido en arrendamiento financiero mientras que el art.90.1.4º, por el suyo, clasifica los créditos por cuotas del leasing como créditos con *privilegio especial* sobre los bienes “arrendados”. Y, además por si fuera poco, por un lado, a la acción recuperatoria de la cosa objeto del leasing se le dispensa en el citado art.56.1-II LC el mismo trato que a las “ejecuciones de garantías reales”, y, por otro, en determinadas circunstancias el crédito por las cuotas periódicas se estima crédito contra la masa (art.84.2.6º LC).

Conviene anticipar que en una consideración sistemática o de conjunto, en la ley concursal parece prevalecer el carácter financiero de la operación de leasing sobre cualquier otro y que, en razón de ello, el derecho de propiedad sobre la cosa objeto del contrato de leasing se subordina a la satisfacción del interés financiero de la empresa de leasing.

Parece contradictorio tratar del derecho de la financiera a separar la cosa de la masa patrimonial de hecho del usuario concursado y al mismo tiempo reconocerle un derecho a cobrarse las cuotas que le son debidas con preferencia a otros acreedores con el valor obtenido en la realización de la cosa misma. También puede advertirse la contradicción del régimen legal, asentado principalmente en el derecho de crédito de la financiera, con la naturaleza generalmente predicada del leasing que se resiste a admitir que en la finalidad del contrato va implícita la subordinación del derecho real de dominio al derecho personal de crédito.

A) El derecho de separación de la cosa objeto del leasing

Todas estas cuestiones arrancan de la todavía discutible naturaleza jurídica del leasing. Parecería que su aspecto “arrendaticio” debería fundamentar en todo caso la separación de la cosa objeto del contrato en el supuesto de concurso del usuario por no ser de su propiedad sino de la financiera, por lo que la cosa no debiera incluirse en la masa activa del concurso. Pero por otro lado, no puede ignorarse que por virtud del contrato el concursado explota la cosa a cambio de unas cuotas periódicas. No puede finalmente tampoco marginarse que en el contrato de leasing se integra -y así lo dispone la definición dada por la LDIEC- una opción de compra de la cosa a favor del usuario que podrá ejercitar cuando concluya la cesión de su uso. Que ese es el momento oportuno para ejercitar la opción se deduce de que, de no ejercitarse, la consecuencia es la devolución de la posesión de la cosa a la financiera, lo que sería incompatible con que siguiera vigente el derecho a explotarla por parte del usuario.

A la pregunta que cabe formular acerca de cómo se defiende el derecho de propiedad de la financiera en el caso del concurso del usuario, ha de responderse que como corresponde al propietario en cualquier otro caso mediante el derecho de separación previsto en el art.80 LC que, incluido entre los preceptos destinados a la delimitación de la masa activa del concurso, actualiza el principio de universalidad de la responsabilidad de todo deudor por sus deudas y la proyección de esta responsabilidad exclusivamente sobre su propio patrimonio. Pero no desdice del derecho de propiedad sobre la cosa, sino al contrario, que en el caso del leasing, y puesto que el deudor al declararse su concurso tiene la cosa legítimamente en su posesión, precisamente en virtud del título contractual que le da derecho a explotarla, pueda conservarla hasta la extinción del contrato puesto que la declaración del concurso no afecta a su vigencia.

Es claro que la legitimidad de que siga el usuario poseyendo la cosa después de declararse su concurso dependerá de si por esa declaración se desata o no el vínculo contractual que le permitía poseerla. Son, pues, dos cosas distintas la de la integración de la cosa en la masa activa del concurso, de un lado, y de otro, la del derecho a continuar poseyendo la cosa por parte del concursado. En este sentido el ejercicio del derecho a separar la cosa del ámbito del control del concursado y de la administración concursal se subordina necesariamente al derecho del concursado o de la masa del concurso a mantenerse en la posesión de la cosa. Por cierto que esto lo expresa con carácter general de manera irreprochable el art.80 de la LC, pero ello no quiere decir que la cosa se integre en la masa activa del concurso.

Vistas así las cosas, el problema se centra en saber la suerte que corre el contrato de leasing vigente al declararse el concurso del usuario. Pero además puede darse el supuesto de extinción del contrato por el transcurso del tiempo pactado para su duración y no obstante permanecer la cosa en poder del usuario. La extinción puede haberse producido antes de la declaración de concurso o una vez declarado éste. En ambos casos se parte de que se han cumplido las prestaciones derivadas de la relación de leasing *stricto sensu*, esto es tanto el pago de las cuotas periódicas como la no disposición de la cosa por parte de la financiera. Ya se hubiere extinguido el contrato antes, ya después de declararse el concurso, el derecho de la financiera a separar la cosa dependerá de que no se haya ejercitado la opción de compra. Ha de tenerse en cuenta que para el ejercicio de la opción se cuenta con el plazo contractualmente previsto o, en otro caso, con el límite que marque el requerimiento para la entrega por parte de la financiera. En todo caso, el derecho de separación dependerá de que no se haya ejercitado eficazmente el derecho de la opción de compra, pero además el derecho de separación tiene como presupuesto, no importa insistir en ello, la extinción del contrato por la llegada de su término y, por lo tanto, se parte de que el contrato ha sido perfectamente cumplido por ambas partes.

Sin embargo el concurso del usuario no deja de tener influencia sobre el derecho de separación. Desde un triple punto de vista se aprecia esto. En el caso de que fuese todavía tempestivo el ejercicio de la opción de compra, siendo así que la manifestación de voluntad es configuradora del negocio jurídico de compraventa, nos encontramos con la necesidad de que esa manifestación se produzca con participación de la administración concursal, y será con cargo a la masa como haya de pagarse el precio de la cosa. Hay aquí, pues, una influencia del concurso en cuanto que, en razón del mismo, se señala al emisor de la voluntad configuradora del negocio. Si la opción de compra no se hubiere ejercitado al declararse el concurso, la influencia de éste se manifiesta por

virtud de que entonces resultaría de aplicación la rehabilitación del contrato según lo preceptuado en la LC.

En último término la declaración de concurso del usuario tiene influencia también en el acto de la entrega de la cosa, puesto que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 56.1-II LC que somete el ejercicio de la acción de recuperación de la cosa a las limitaciones a que ese mismo precepto somete a las ejecuciones de garantía real.

De todo lo anterior se deduce que el derecho de separación de la cosa objeto de leasing puede tener una existencia autónoma aun en el supuesto del concurso del usuario, por lo que no resulta inoportuno ni que la ley se refiera expresamente a él ni tratar de ello en un trabajo como éste. Pero fuera de los casos señalados, por lo demás poco frecuentes con seguridad, el derecho de separación se vincula a la suerte que corre el contrato de leasing vigente al tiempo de la declaración de concurso del usuario. Cuestión a la que conviene pasar.

De acuerdo con lo establecido en el art.80 LC, la separación por la financiera de la cosa objeto del leasing sólo podrá llevarse a efecto una vez concluida la relación contractual de leasing. Pero, en cambio, a partir de ese momento no debería haber inconveniente para poder practicarla. Sin embargo la acción recuperatoria sólo será practicable si la cosa *qua talis* permanece en poder del deudor, y esto es precisamente cuestionable en nuestro caso en que por sujetarse la cosa en determinados casos al pago de las cuotas debidas es preciso enajenarla (cfr. art.90.1.4º LC). De la ordenación legal de los efectos de la declaración de concurso del usuario sobre el contrato de leasing se deduce inequívocamente la primacía del carácter financiero de la operación. En efecto, de no estar extinguido el contrato con anterioridad a la declaración de concurso o de no extinguirse durante el mismo, en ambos casos sin pendencia del pago de cuotas, el derecho de la financiera sobre la cosa se trasmuta en un derecho sobre su *valor*, como consecuencia de la primacía que se otorga a las prestaciones contractuales de explotación de la cosa por el usuario y del pago de las cuotas periódicas a la financiera.

Adviértase que mientras la cosa se mantiene en explotación por parte del usuario se devengan por la financiera las cuotas periódicas debidas por esa explotación. Obviamente la separación de la cosa se hace jurídicamente imposible en esas circunstancias. Pero también la recuperación de la cosa por la financiera se hace jurídicamente imposible en el supuesto de extinción del contrato de leasing por resolución del mismo con posterioridad a la declaración de concurso, siempre, al menos, que dicha resolución se produzca como consecuencia del incumplimiento anterior a la declaración de concurso por el impago de las cuotas periódicas debidas, puesto que en tal caso dichas cuotas se hacen efectivas mediante la ejecución de la cosa objeto del leasing (cfr. art.62.4 en relación con el art.90.1.4º LC); si la resolución se produce por incumplimiento posterior a la declaración de concurso, como por definición las cuotas que entonces hayan dejado de pagarse tienen la consideración de deudas de la masa (cfr. arts.62.4 y 84.2.6º LC), la cuestión necesita ser considerada con mayor detenimiento, pero puede anticiparse aquí que incluso en este último supuesto se produce la trasmutación del derecho sobre la cosa en derecho sobre el valor de la cosa.

Naturalmente que la separación deberá efectuarse según dispone el art.80 LC, y siempre que la financiera acredite su derecho conforme a las reglas generales, mediante el incidente concursal si es que los administradores concursales no entregan voluntariamente la cosa.

Resulta sin embargo que a la recuperación de la cosa se refiere el art.56.1-II de la ley concursal que ordena la paralización o suspensión del ejercicio de la opción “tendente a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero”. Este efecto se produce siempre que: i) los bienes se encuentren “afectos a su (del concursado) actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su (del concursado) titularidad”; ii) el contrato ha de encontrarse formalizado en “documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el” RBM; iii) la paralización o suspensión de la acción de recuperación del bien se mantendrá “hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio” de la separación “o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”.

Es fácil advertir que la paralización o suspensión de la acción de separación de la cosa obedece a dar oportunidad a la celebración de un convenio para el que la cosa puede resultar necesaria. Evidentemente a ello responde tanto la determinación del tiempo por el que se mantiene la paralización o suspensión de la acción como la referencia a la afectación de la cosa a la unidad productiva o a la actividad profesional o empresarial del concursado. Menos justificado parece el requerimiento de que la operación de leasing conste en título que lleve aparejada ejecución o que se halle inscrito en el RBM.

Esta última exigencia no parece muy justificada. Ni el título ejecutivo ni la inscripción en el RBM son circunstancias constitutivas del contrato de leasing. Por ello cabe preguntarse si, el derecho de separación de la cosa objeto de un leasing que no reúna las condiciones formales y publicitarias establecidas en el art.56.1-II LC, no queda paralizada o suspendida. De ser negativa la respuesta la disposición normativa se manifiesta sencillamente absurda; pero para poder formular una respuesta afirmativa la proposición normativa representa un serio obstáculo.

Por lo que se refiere a los otros dos presupuestos legales conviene señalar, de un lado, que me adhiero a la doctrina y la jurisprudencia que sostiene la necesidad de interpretar con criterios estrictos el concepto de bienes *afectos* a la unidad productiva o a la actividad profesional o empresarial del concursado; en este sentido, debe entenderse que los bienes han de ser *necesarios* para el desempeño de esa actividad o para la productividad de la unidad correspondiente. De otro lado, parece razonable la limitación temporal establecida, si bien, como es obvio, el tiempo señalado puede resultar insuficiente.

Surge por otra parte la duda de si sería de aplicación en este caso la disposición del artículo 155 LC que faculta a la administración concursal para reemplazar la realización de la cosa afecta a un crédito con privilegio especial por el pago del crédito garantizado con cargo a la masa. Sinceramente estimo que no existen motivos para, por razón de analogía, aplicar dicho precepto. Sin duda que art.155 otorga a la administración concursal la facultad de elegir entre enajenar el bien para satisfacer al acreedor con privilegio especial o retenerlo en la masa activa del concurso; esto es, a la administración judicial se le otorga decidir acerca de si es más conveniente retener la cosa que privarse de ella. Si tenemos en cuenta esta *ratio* de la norma parece que debemos concluir en nuestro caso su aplicación analógica; porque nótese que también en el caso del ejercicio del derecho de separación se produce en el patrimonio del concursado la privación de la cosa. Más la cuestión se presenta dudosa porque, según hemos visto, la separación de la cosa cedida en leasing sólo se produce cuando o bien no se ejercitó la opción de compra tempestivamente, o bien incluso se manifestó que no

se deseaba ejercitarla; es decir, sobre la no retención de la cosa que justifica el derecho de separación por la financiera se ha producido una declaración o manifestación de voluntad de carácter negocial en tanto que referida al negocio de compraventa que consume la opción de compra otorgada al usuario. Si esa declaración o manifestación de voluntad se efectuó válida y eficazmente por el propio usuario, es claro que la aplicación del art.155 LC sería equivalente a la rehabilitación del contrato contemplada en los arts.68 y 69 LC³¹. ¿Podría prescindirse en este caso de los requisitos señalados en los últimos preceptos citados para simplemente por la vía del art.155 LC obtener el resultado de retener la cosa cedida en leasing frente a la pretensión de la financiera de separarla del patrimonio del concursado? No hay que decir que si la voluntad negativa al ejercicio de la opción de compra que franquea el paso para su separación de la cosa por la financiera hubiere procedido de la administración concursal, le estaría vedado a ésta acogerse al art.155 LC en virtud de la teoría de los actos propios.

B) El derecho de crédito por las cantidades dinerarias.

De los núcleos de cuestiones que se plantean en torno al concurso del usuario en el leasing financiero mobiliario, corresponde ahora tratar del que se refiere a la financiera como acreedora de las cantidades dinerarias que son la contraprestación del usuario según el contrato de leasing. Si con anterioridad se ha visto que esta vertiente tiene la primacía del tratamiento legal del leasing en el concurso del usuario no será necesario encarecer la importancia que merece su estudio.

El contrato de leasing es un contrato de duración o de tracto sucesivo. Puede ocurrir, pues, que al tiempo de declaración de concurso estén satisfechas todas las cuotas periódicas vencidas hasta ese momento o que, por el contrario, existan cuotas vencidas impagadas; en este caso hay que atender además al sucesivo devengo de las cuotas a partir de la declaración del concurso.

A la importante cuestión de las cuotas de leasing se refiere la LC directamente en su art. 90.1.4º, que otorga al crédito de la financiera por las cuotas el carácter de créditos con *privilegio especial* sobre la cosa objeto del contrato siempre que el leasing esté constituido con arreglo a las formalidades y requisitos previstos en su legislación específica.

Se plantea la duda de si en todo caso el crédito de la financiera tiene siempre el mismo carácter cualquiera que sea el periodo en que las cuotas debidas se hayan devengado o se devenguen en el futuro; dicho de otro modo, si el crédito es siempre privilegiado con privilegio especial como prevé el art.90.1.4º LC o si se reserva esa calificación para los créditos por las cuotas devengadas antes de la declaración de concurso siendo las devengadas con posterioridad a la declaración un crédito de la financiera extraconcursal o de la masa.

Esta cuestión se vincula a la posición que se adopte sobre la aplicación del art.61 LC. De la lectura de sus dos primeros apartados se deduce una diferencia en la clasificación del crédito de una parte frente a la otra surgido de un contrato bilateral según que al

³¹ Véanse, GONZÁLEZ VAZQUEZ, *Contrato de arrendamiento*, cit., p.1326 ss.; en el sentido de que sólo cabe aplicar el art.68 LC, VALPUESTA en *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (coord.), tomo I, 2ª edición, p.769 ss.

tiempo de declararse el concurso el acreedor haya cumplido íntegramente su prestación debiendo la otra todavía la suya, supuesto del apartado 1, o que ambas partes deban todavía cumplir deberes de prestación según el contrato, supuesto del apartado 2.

Saber si nos encontramos en uno u otro supuesto es relevante porque según el apartado 1 del art.61 LC, el crédito de la parte *in bonis* es un “crédito concursal” al que le puede convenir el carácter de privilegiado con privilegio especial de que habla el art.90.1.4º LC, mientras que, según el apartado 2 del referido precepto, el crédito de la parte *in bonis*, generado a partir de la declaración de concurso, será un crédito contra la masa.

Debe notarse que la sistemática legal en este punto induce a considerar que es el estado de cumplimiento o incumplimiento del contrato por cada una de las partes lo determinante para la aplicación de uno u otro de los apartados del art.61 LC al bloque de prestaciones debidas por el concursado. Así, se estima que en el leasing, dándose la circunstancia de que la prestación de la financiera se cumple de una sola vez por consistir tan sólo en que el usuario entre en el disfrute de la cosa, es de aplicar el apartado 1 del art.61 LC siendo entonces el crédito de la financiera por las cuotas debidas por el usuario un crédito concursal tanto si se hubieren devengado e impagado con anterioridad a la declaración de concurso como si se hubieren devengado o hayan de devengarse con posterioridad a la declaración del concurso. En efecto, así piensan algunos autores³² como también lo han hecho en ocasiones los tribunales – señaladamente en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 28 de septiembre de 2009³³ – que consideran que el leasing se subsume en el apartado 1 del tan repetido art.61 LC, puesto que el deber de prestación de la financiera se ha de tener por cumplido de una vez, mientras que el deber de prestación del usuario se mantiene a lo largo del tiempo, de modo que tanto se ha podido cumplir antes de la declaración de concurso como quedar pendiente de cumplimiento por prestaciones con vencimiento posterior a esa declaración. Desde este punto de vista, la aplicabilidad del art.61.1 LC resulta incuestionable con la consecuencia de que el crédito por las cuotas debidas por el usuario será crédito con privilegio especial sin distinción por razón del momento de su devengo en relación con la declaración de concurso.

Este modo de ver las cosas no es dominante, porque prevalece en los autores y en la jurisprudencia la opinión de que en el leasing la prestación de la financiera no resulta ser una prestación de cumplimiento instantáneo sino que se prolonga a lo largo del tiempo³⁴. Aparte de por otras razones, no es posible desdeñar la vinculación de la

³² MARTÍNEZ ROSADO, <<El leasing financiero mobiliario en la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal>>, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, 2005, nº 2, p.294 ss.

³³ La sentencia ha sido comentada por SÁNCHEZ PAREDES, M.L., <<Los contratos de permuta financiera de intereses y de arrendamiento financiero en el concurso de acreedores (SJM 4 Barcelona 28-9-2009)>>, en *Anuario de Derecho concursal*, nº20, mayo-agosto, 2010, p.395 ss.

³⁴ GÓMEZ MENDOZA, <<Comentario al art. 61>>, en AAVV, *Comentarios a la legislación concursal*, SÁNCHEZ-CALERO y GUILLARTE (coords.), Valladolid, tomo II, p. 1150 ss.; CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p.176 ss. Es de interés la SJM de Barcelona de 27 de febrero de 2006, que considera de plena aplicación al leasing los arts. 61 y 62 LC.

financiera dentro de la compleja *operación* de leasing por su obligación negativa de no disponer de la cosa en virtud de la opción de compra concedida al usuario.

Por consiguiente, el supuesto de los efectos del concurso del usuario sobre el contrato de leasing financiero mobiliario se subsume en el art.61.2 LC. Otra cosa es decidir acerca de la clase del crédito de la financiera por las cuotas periódicas del leasing. Porque en este punto no es seguro que el art.61.2 LC suministre solución a las dos situaciones que pueden darse pues parece que sólo contempla el supuesto en que al tiempo de declararse el concurso del usuario no esté devengada ninguna cuota que no esté satisfecha, o dicho de otro modo, que el usuario tiene cumplida la prestación que le incumbía hasta ese momento. Pero es claro que cabe la posibilidad de que al tiempo de declararse el concurso se hubieren devengado cuotas que no estuvieren satisfechas. Acaso el reduccionismo de la consideración del art.61.2 LC resulte de que, enfocada primordialmente la cuestión de los efectos del concurso sobre los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento desde el punto de vista de su pervivencia, es un mero corolario de ello la caracterización del crédito que surge de los mismos. En este sentido, debe notarse que el art.61.2 LC, expresando que el contrato debe seguir cumpliéndose a pesar de la declaración de concurso, considera que los créditos correspondientes no serán concursales sino que habrán de satisfacerse con cargo a la masa; tomando como punto de partida pues el momento de la declaración de concurso, son los créditos posteriores a este momento los que se clasifican como créditos contra la masa. Quedan sin clasificar de manera expresa en el precepto los créditos que hubiesen quedado insatisfechos ya con anterioridad a la declaración de concurso. Parece inexcusable concluir que dichos créditos han de ser considerados créditos con privilegio especial, a tenor de lo establecido en el art.90.1.4º LC³⁵.

Esta dualidad en el tratamiento del crédito por las cuotas debidas a la financiera, sobre todo que se considere extraconcursal o de la masa el crédito por las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, tiene su precedente en la consideración negativa que merecía al profesor GARRIGUES, en relación con el anterior sistema de quiebra, el hecho de que se debiera y pudiera exigir a la parte *in bonis* el cumplimiento de su prestación o negarle la restitución de la que hubiere realizado, mientras que ella habría de satisfacerse sólo en moneda de quiebra; por esa razón consideraba generalizables las reglas contenidas en los ordinales 8º y 9º del art. 900 Cco. y en el inciso final de este precepto que, según el citado autor, tienen como presupuesto implícito la resolución del contrato al tiempo que concedían a los síndicos la facultad de sustituir la resolución por el cumplimiento con tal que se sustituyera la masa en el deber de prestación que correspondía al quebrado³⁶. Por razones lógicas evidentes, en el sistema del código no cabía diferenciar entre créditos devengados antes y después de la declaración de la quiebra.

³⁵ Que el art.61.2 LC se refiere tan sólo a las prestaciones posteriores a la declaración de concurso se sostiene por GÓMEZ MENDOZA, M., <<Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales>>, en *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, 2005, tomo III, Madrid, pp. 2787- 2828, especialmente p.2820.

³⁶ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil II*, 6ª ed., (rev. SÁNCHEZ CALERO) Madrid, 1974, pp.413 y s.

Pero en la actualidad la ley parte de la pervivencia en todo caso del contrato y entonces no se dan las razones que se daban en el sistema anterior para no diferenciar entre el crédito devengado antes y el devengado después de la declaración de concurso según se produzcan los devengos de acuerdo con los términos contractualmente previstos. En rigor, no hay razón para considerar extraconcursal el crédito devengado antes y, en este sentido, es acertada la disposición del art.61.1 de la LC; que el devengado después de la declaración de concurso se considere extraconcursal o de la masa como sostiene el art.61.2 LC, sólo es una reminiscencia de la posición de GARRIGUES inducida del inciso final del art.909 Cco. que no parece sin embargo muy justificada aunque no podemos detenernos en ello ahora.

Por lo demás, la diferencia de trato del crédito por las cuotas devengadas antes y después del concurso se confirma por los términos en que se expresa el art.84.2.6º LC al calificar de créditos contra la masa “los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento”. Por cierto que resulta poco explicable la deliberada marginación de este precepto por parte del juzgado de Barcelona que dictó la citada Sentencia de 2009.

Naturalmente que plantearse la clase de crédito originado con posterioridad a la declaración de concurso por virtud del contrato implica la pervivencia de éste por encima a la declaración de concurso. Así se expresa, por lo demás, en el art.61 LC. El concurso no será por sí sólo causa de resolución de la operación de leasing. La continuación de las relaciones contractuales implicadas en la operación de leasing hace manifiesta, como antes se dijo, la primacía de la satisfacción del interés de la financiera como acreedora mediante el desenvolvimiento del contrato de leasing antes que mediante la recuperación de la cosa: se hace manifiesta, pues, la primacía del *valor* de la cosa sobre la cosa misma como objeto del derecho de la financiera. Por ello se hace necesario pasar a la consideración del epígrafe siguiente. Pero no sin antes señalar además que en el concurso del usuario el leasing puede ser también fuente de otras obligaciones dinerarias tales como indemnizaciones e intereses moratorios; y, por otra parte las cuotas periódicas engloban distintos conceptos como son la amortización de la financiación obtenida por el usuario, que para la financiera representa parte del precio pagado por ella al proveedor, así como los intereses remuneratorios y demás gastos. La consideración de todas estas cuestiones tiene que conjugarse a fin de determinar el alcance de los derechos de la financiera en el concurso del usuario.

C) La armonización del tratamiento del leasing.

Llegados a este punto, se trata de concluir acerca de la armonización del tratamiento de los dos aspectos que presenta el leasing en el concurso del usuario. Si bien se mira al considerar créditos con privilegio especial los de la financiera por las cuotas devengadas e impagadas con anterioridad a la declaración de concurso del usuario, se apunta de manera indirecta a la resolución del contrato de leasing. Porque es obvio que al realizar la cosa se pierde ésta tanto para la financiera como para el usuario y, por consiguiente, si es cierto que se elimina la cesión del uso de la cosa, tampoco puede ésta devolverse a la financiera dado que ha tenido que ser enajenada. Si el crédito de la financiera es contra la masa, este derecho sustituye al de separación de la cosa de la masa. En ambos casos pues el derecho de separación no llega a nacer y no puede por lo tanto ejercitarse. La cuestión no obstante se plantea de distinta manera según sea el caso si bien en ambos está relacionada con la posibilidad que se proceda a la resolución del contrato de leasing

una vez declarado el concurso. Porque si el crédito es concursal con privilegio especial, la cosa, por definición, saldrá de la masa por el acto de ejecución dirigido precisamente a la satisfacción del crédito; en ese caso se produzca plenamente la mutación del derecho sobre la cosa por el derecho sobre su valor. Pero si el crédito es contra la masa la cuestión no es tan clara para el supuesto de que con posterioridad a la declaración de concurso se produzca el incumplimiento resolutorio del contrato y efectivamente la financiera inste la resolución sin que el juez proceda a excluirla “en interés del concurso”, todo ello a tenor de lo dispuesto en el art.62.1 LC.

La regla general de que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos bilaterales conoce la excepción prevista en el art.61.2 LC que permite la resolución judicial del contrato “en interés del concurso” instada por el concursado o por la administración concursal según proceda. Se puede, pues, hablar en este caso de “resolución voluntaria” como hace el art.84.2.6º LC. Es importante subrayar que esta resolución es independiente del grado de cumplimiento del contrato; tanto puede instarse si hasta ese momento no se ha producido ningún incumplimiento resolutorio como si, habiéndose producido, la financiera no lo hubiese hecho valer. En este contexto la resolución supone tan sólo la ruptura del vínculo contractual para el futuro en razón de que mantenerlo resulta perjudicial para el concurso. En definitiva la resolución voluntaria del contrato implica el derecho de elección sobre la pervivencia o no del mismo, tradicional solución en el derecho alemán añorado por GARRIGUES.

No es inoportuno decir que la razón que asiste a la norma que comento no se compadece con reducir su aplicación al supuesto del art.61.2 LC, pues la misma razón hay para aplicarla en el caso de incumplimiento *parcial* por el usuario concursado cuando es la única parte deudora, supuesto al que se refiere el art.61.1 LC. Esta desarmonía es una razón más para incluir el leasing en los contratos a los que se refiere el apartado 2 del art.61 y no entre los contratos a que se refiere el apartado 1.

En el supuesto de resolución voluntaria las partes pueden avenirse ante el juez sobre la resolución y sus efectos; caso de no avenirse, se decidirá por el juez mediante el incidente concursal³⁷. Textualmente para este caso el art.61.2-II *in fine* señala que el juez acordará “las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa”. Es indudable que la resolución del contrato de leasing puede llevar consigo la devolución de la cosa a la financiera, en tal caso la decisión judicial establecerá las condiciones de la devolución que, no respondiendo propiamente al ejercicio del derecho de separación ex art.80 LC, no debe quedar sometido el acto de restitución a las limitaciones del ejercicio de ese derecho. Sí, en cambio, habrá de conjugarse el valor de la cosa al tiempo de la restitución con la cantidad que se fije como indemnización a fin de que la resolución voluntaria del contrato no se traduzca en una ventaja injustificada para la financiera.

Por otra parte, al margen de la resolución voluntaria, la ley no puede dejar de tener en cuenta el posible incumplimiento de los contratos que se mantengan vigentes para después de declararse el concurso. Así se reconoce en el art.62.1 LC que establece que podrá resolverse el contrato por incumplimiento de cualquiera de las partes tanto se haya dado el hecho del incumplimiento antes de la declaración del concurso como después. El propio art.62.4 nos dice las consecuencias de la resolución. Quedan

³⁷ Véase SAP Alicante de 15 de enero de 2007.

extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento; por las vencidas, si el incumplimiento hubiese sido anterior a la declaración de concurso, el acreedor ostenta un crédito con privilegio especial, lo que está en plena congruencia con lo previsto en el art.61.1 LC; si, por el contrario, el incumplimiento hubiese sido posterior, el crédito será contra la masa, lo que también está en plena congruencia con el art.61.2 LC. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Como se ve, la resolución del contrato de leasing no está excluida en el caso del concurso del usuario. Pues bien, la resolución implica ciertamente la necesidad de proceder a la liquidación de las respectivas situaciones de acuerdo con las posiciones iniciales y asimismo con la satisfacción que el cumplimiento parcial haya proporcionado al acreedor de cada una de las prestaciones practicadas.

En la resolución de un contrato como el de leasing ha de tenerse en cuenta desde luego el pago de las cantidades que se tenían que pagar como cuotas hasta el momento de la extinción del contrato, pero se plantea la duda acerca de cómo tratar a la cosa o a su valor residual.

D) La acción de separación de la cosa y el crédito de la financiera.

Como se ha visto, aunque infrecuentes, no pueden descartarse los casos en que procede el ejercicio de una acción de separación de la cosa dada en leasing en el supuesto de concurso del usuario.

Para tales casos, pero sólo para ellos, está concebida la norma del art.56.1-II LC. Este precepto no supone ninguna opción para la financiera acreedora respecto del cauce idóneo para la satisfacción de su derecho. Siendo excepcionales los casos en que procede la separación de la cosa la regla general es que el derecho de dominio de la financiera se transforma en el derecho sobre el valor. Puede decirse que el valor de la cosa mide también el interés de la financiera en la *operación* de leasing incluso en los casos de su separación, pues, según sabemos, también en esos casos se ha de resolver acerca de la atribución del valor residual de la cosa previsto para el caso de ejercicio de la opción de compra.

Como hemos visto, se puede proceder a devolver la cosa en el caso de la resolución voluntaria del contrato, pero lo normal en tal caso será que se encuentre devengada alguna cuota que no ha sido pagada, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la ley sobre la clasificación de los créditos por esas cuotas que, caso de tener que pagarse como crédito con privilegio especial excluyen la devolución de la cosa *qua talis*. En el supuesto de poder realizarse la restitución, habría de considerarse igualmente el tratamiento debido a la opción de compra y, por lo tanto, al pago, en su caso, del valor residual de la cosa.

La primacía que la ley concursal otorga al contrato hace que el derecho de separación se subordine a que no tengan que satisfacerse cuotas a la financiera una vez resuelto el contrato. Y nótese que es indiferente que las cuotas hayan de ser pagadas con el valor de realización de la cosa (supuesto del art.90.1.4º LC) o lo hayan de ser con cargo a la masa (supuestos del art.84.2.6º LC). En el primer supuesto la cosa no puede ser devuelta; en el segundo, aunque fuese posible devolverla por encontrarse bajo el control del concurso, en todo caso se habría extinguido el derecho sobre la cosa al quedar sustituido por el crédito contra la masa.

Ahora bien, si la financiera ostenta un crédito contra la masa será porque el incumplimiento contractual causante de la resolución del contrato se ha producido con posterioridad a la declaración de concurso (cfr. art.62.1 y 4 LC) y en ese caso o bien se le reconoce a la financiera el derecho a percibir el importe del valor residual de la cosa, o bien se le ha de entregar ésta si es posible, ajustando el valor total de lo que perciba la financiera a la suma dineraria que ha de recibir según los componentes de cada cuota periódica así como el tiempo de la liquidación en relación con la duración del contrato como también la cantidad prevista como valor residual de la cosa, y finalmente incluso la cantidad que corresponda por el resarcimiento de daños y perjuicios (cfr. art.62.4 *in fine* LC)³⁸.

Llegados a este punto y puesto que para determinadas situaciones y por determinadas cantidades debidas por el usuario se prevé la ejecución de la cosa, es pertinente preguntarse si la ejecución puede ser separada o, por el contrario, tiene que efectuarse dentro de la colectiva. La pregunta sin embargo no encierra mayor interés. Porque mientras no se resuelva el contrato, se ha de cumplir rigurosamente y por supuesto que por definición interesará al concurso que se mantenga la cosa dada en leasing, lo que no obsta a que la administración concursal tenga que satisfacer periódicamente las cuotas debidas. En este caso será al abrirse la fase de liquidación en el concurso cuando ya, paralizada que sea la actividad del concursado, tendrá que satisfacerse lo que está pendiente de pagar a la financiera en ese momento con cargo a la cosa para lo que será necesario proceder a su ejecución. Obsérvese que tener que imputar al valor de la cosa el pago de las cuotas (como establece el art.90.1.4º LC) no significa que sólo puedan pagarse si la cosa se ejecuta. La ejecución no tiene sentido que se efectúe antes de la apertura de la fase de liquidación. De hecho, pues, esta ejecución se integra en las operaciones de realización del activo propias de la fase de liquidación del concurso.

La ejecución separada está fuera de lugar si los pagos a la financiera han de realizarse con cargo a la masa, porque en ese caso obviamente ni siquiera será necesario computarlos al valor de la cosa obtenido en su ejecución³⁹. La cuestión de la ejecución separada sólo se plantea en los casos de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso porque en ese caso, según el art.62.4 LC, el crédito por las cuotas devengadas y no satisfechas se considera crédito con privilegio especial sobre la cosa. En tal caso, en mi opinión, y por razones de analogía *stricto sensu*, cabe la ejecución con independencia de la fase de liquidación concursal, aunque deba practicarse ante el juez del concurso. A esta ejecución no le alcanza lo prescrito en los arts.56 y 57 LC. Nótese que en el supuesto en el que nos encontramos no hay ninguna razón para impedir la ejecución en cualquier momento puesto que ni la cosa se integra en la masa, ni deja de integrarse por razones completamente distintas a la no integración de las cosas dadas en garantía. En las cosas dadas en garantía la cosa es del dominio del

³⁸ Las SS. A.P Barcelona de 15 de mayo y de 19 de junio de 2009 son de interés para apreciar la consideración que merecen los componentes de las cuotas periódicas debidas a la financiera así como las cantidades correspondientes a indemnización resultantes o no de las cláusulas penales.

³⁹ Obviamente para atender los pagos de los créditos contra la masa será necesario, en su caso, proceder a la realización de bienes en cuantía suficiente. En este sentido se puede hablar de que hay una ejecución separada si bien no necesariamente de la cosa dada en leasing. La doctrina habla de ejecución separada en relación a las deudas de la masa.

concurado, recuérdese de que incluso tradicionalmente se hablaba en estos casos de *separatio ex iure crediti*, mientras que en el caso del leasing la cosa nunca se integra en la masa ni tiene por lo tanto que separarse de ella para ser ejecutada; lo que en el caso se atiende, a mi juicio con acierto por la LC es la necesidad de satisfacer el interés financiero de la empresa de leasing. Por lo tanto tampoco en este caso estaría justificada la aplicación de lo previsto en el art.155.2 LC.

Como conclusión de todo lo dicho quizá sea oportuno señalar que el tratamiento del leasing financiero mobiliario en el caso de concurso del usuario es por completo acorde con la verdadera función esencial de carácter económico que el contrato cumple. Singularmente tiene que ser aceptada esta afirmación si a la vez que se parte de la teoría (económica) de “los derechos de propiedad” se acepta como doctrina (económica) segura la que hace del intercambio o cambio *indirecto* (es decir, en el campo jurídico, del contrato), como manifestación dinámica del derecho de propiedad, el motor del dinamismo de la vida económica y por eso mismo de la creación de riqueza y de la extensión social del verdadero bienestar.

En efecto, una vez que se mantiene la vigencia del contrato pese a la declaración de concurso del usuario, hay que salvaguardar la transferencia de los “derechos” (de propiedad, dicen los economistas) que legitiman al usuario para la explotación de la cosa, pero, a su vez, como esa explotación es temporal, a su término se extinguen para el usuario los derechos de esa “propiedad” que deben restituirse al que los “cambió”. De hecho, pues, la restitución de la cosa no procede mientras el contrato esté cumpliéndose. En consecuencia, ni la incorporación al leasing de la opción de compra ni tampoco la estimación de un valor residual de la cosa como precio para el caso de su ejercicio suponen en términos económicos más que una opción abierta para poder contestar a quién debe atribuirse o quien debe soportar la plusvalía o minusvalía respectivamente de la cosa. Esto, por lo demás pone de relieve que el valor de la cosa no es, porque el valor no lo es conceptualmente, un dato estático e inherente a nada que no sea el *cambio* o la relación establecida por el intercambio. El valor de la cosa cedida en leasing está en el contravalor de lo que por las cuotas periódicas se paga por parte del usuario teniendo en cuenta de que con ellas se paga además de la posibilidad de explotar la cosa el servicio financiero que la empresa de leasing presta.

Desde este punto de vista, se comprende que la cosa no pueda nunca separarse por la financiera salvo que se desate el vínculo generado por el contrato y no se ejercite la opción de compra por el usuario en los casos en que, según también el contrato, pueda ejercitarla. Pero además, como requisito principal para poder separar la cosa se precisa que el contrato no haya generado deudas debidas en el usuario, porque si las ha generado prevalece entonces lo querido por las partes que es el desenvolvimiento del contrato y por lo tanto opera el valor de la cosa -entendido como se ha dicho- como límite del derecho de la financiera

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

AMORÓS, Manuel, <<El leasing inmobiliario y su inscripción registral>>, Madrid, 1985.

BERCOVITZ, Rodrigo, <<El pacto de reserva de de dominio y la función de garantía del leasing financiero>>, en AAVV *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, (Nieto dir.), Madrid, 1996, tomo II, vol. 1.

CANO MARTÍNEZ, J. Ignacio, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

DE CASTRO, Federico, <<Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad>>, en *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1982, vol. XXXV, fasc. IV.

DE LA CUESTA RUTE, José María, <<Reflexiones en torno al leasing>>, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1970, n.º 118.

DE LA CUESTA RUTE, José María, <<Jurisprudencia sobre el leasing>>, en AAVV *Comentarios a Jurisprudencia y Derecho bancario y cambiario* (Sánchez Calero y Sánchez Calero. Coords.), Madrid, 1993, vol. II.

DE LA CUESTA RUTE, José María, *El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*, en tomo 24, AAVV *Tratado de Derecho mercantil* (Olivencia Fernández Novoa y Jiménez de Parga. Coords.) Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, 1993, vol. I.

FERNÁNDEZ, <<El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la ley 1/2000 ha introducido en la ley de venta de bienes muebles a plazos>>, en *Revista de Derecho mercantil*, Madrid, 2001, nº 239.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 6ª ed., Madrid, 1974.

GÓMEZ MENDOZA, María, <<Comentario al art. 61>>, en AAVV, *Comentarios a la legislación concursal* (Sánchez- Calero y Guillarte. Coords.), Valladolid, 2004, tomo II.

GÓMEZ MENDOZA, María, <<Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales>>, en *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, Madrid, 2005, tomo III.

GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ VAZQUEZ, José Carlos <<Contratos de arrendamiento financiero>> en AAVV *Contratos mercantiles* (De la Cuesta Rute y Valpuesta Gastaminza Coords.) 2ª ed., Barcelona, 2009.

LÓPEZ-JACOISTE, José Javier, <<La idea de explotación en el Derecho civil actual>>, en *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1960, tomo XLIV.

MARTÍNEZ ROSADO, Javier <<El leasing financiero mobiliario en la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal>>, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, 2005, nº 2, p.294 ss.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), Outline ed., Múnich, 2009.

ROJO AJURIA, Luis, *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ PAREDES, M.L., <<Los contratos de permuta financiera de intereses y de arrendamiento financiero en el concurso de acreedores (SJM 4 Barcelona 28-9-2009)>>, en *Anuario de Derecho concursal*, Zizur Menor, 2010, nº 20.

SÁNCHEZ-PARODI, José Luis, *Leasing financiero mobiliario*, Madrid, 1989.

VALPUESTA, Eduardo, en *AAVV Comentarios a la Ley Concursal*, (Cordón Moreno Coord.), tomo I, 2ª edición, Pamplona, 2010.

ABREVIATURAS

Cc: Código civil.

DA: Disposición Adicional.

DRAE: Diccionario de la Real Academia española.

LC: Ley Concursal, de 9 de julio de 2003.

LDIEC: Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.

LVPBM: Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de 13 de julio de 1998.

OM: Orden Ministerial.

ORBM: Orden Ministerial de 19 de julio de 1999. (Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

RBM: Registro de Bienes Muebles.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.

RP: Registro de la Propiedad.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM: Sentencia Juzgado de lo Mercantil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.