

La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales

ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. La naturaleza jurídica del *leasing* financiero: 1. La tesis de Giovanoli. 2. El *leasing* financiero y el negocio fiduciario. 3. El carácter arrendaticio del *leasing* financiero. 4. El *leasing* inmobiliario y la Ley de Arrendamientos Urbanos. 5. Los casos en que se oculta, bajo la forma negocial del *leasing* financiero, una venta.—III. El control de las condiciones generales en el *leasing* financiero: 1. El control de las condiciones generales de los contratos. 2. Importancia de la cuestión en el *leasing* financiero. Referencia a las cláusulas que se analizan en este estudio. 3. La sociedad de *leasing* no es responsable cuando el usuario no tiene a su disposición los bienes en la fecha y lugar convenidos. 4. La sociedad de *leasing* se exonera de toda responsabilidad si los bienes presentan vicios que disminuyen su valor o los hacen inservibles para el fin deseado, o si el usuario es privado de los mismos (evicción). 5. El usuario soporta el riesgo del perecimiento fortuito de los bienes. 6. La falta de pago de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato de *leasing* financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas.

I. INTRODUCCION

El *leasing* o arrendamiento financiero es hoy día uno de los principales medios de financiación empresarial, debido sobre todo al desarrollo que ha experimentado en los últimos años. Su origen se encuentra en Estados Unidos, y en la década de los sesenta se ha extendido rápidamente por Europa. En nuestro país surge en el año 1965 con la creación de las sociedades ALQUIBER y ALENQUINSA. Su desarrollo ha sido vertiginoso; en el año 1975 las operaciones de *lea-*

sing financiero alcanzaron la cifra de 10.000 millones de pesetas. lo que representó un aumento del 17,64 por 100 en relación con el año anterior (1). Al mismo tiempo ha crecido extraordinariamente el número de sociedades dedicadas al *leasing* financiero, que de ocho existentes en el año 1972 pasaron a ser más de treinta en 1974 (2). El *leasing* financiero va a experimentar un notable impulso en nuestro país con la publicación del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 («B. O. E.», de 28 de febrero), relativo al arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles, y el Real Decreto de 31 de julio de 1980 («B. O. E.», de 29 de agosto), referente al arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes inmuebles, que configuran un nuevo régimen fiscal, muy favorable para los que intervienen en este peculiar negocio (3). El *leasing* financiero de inmuebles, cuya práctica era inexistente, empieza a practicarse en nuestro país. Son diversas las sociedades que comienzan a dedicarse a esta modalidad del *leasing* financiero (HISPAMER, AL-

(1) GUTIÉRREZ VIGUERA, *El «leasing» como institución financiera*, Madrid, 1980, p. 305.

(2) VIDAL BLANCO, *El «leasing» una innovación en la técnica de financiación*, Madrid, 1977, pp. 42-44, y PÉREZ RUIZ, en el prólogo a la edición española de la monografía de COLLOT, *El «leasing»*, Madrid, 1972.

(3) Han sido obstáculos de carácter fiscal los que han impedido un mayor desarrollo del *leasing* financiero en España. El *leasing* financiero de inmuebles, a diferencia de lo que ha sucedido en Alemania Federal, Francia y Bélgica, apenas se ha practicado hasta la publicación del Real Decreto de 31 de julio de 1980 (cfr., VIÑA MAGDALENO, *El «leasing» como medio de financiación de la empresa. Su problemática*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1978, p. 253; MARTÍN OVIEDO, *El «leasing» ante el Derecho español*, Madrid, 1972, p. 132; GUTIÉRREZ VIGUERA, *El «leasing»...*, p. 40). Hasta la publicación de esta disposición legal y del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, era muy pesada la carga fiscal, debido al elevado número de impuestos que gravaban a este negocio complejo. Al estructurarse el *leasing* financiero como un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario, incidían los siguientes impuestos: el Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, que gravaba separadamente el arrendamiento, la opción de compra y la compraventa; la contribución territorial urbana (si el *leasing* es inmobiliario) y el Impuesto General sobre Renta de Sociedades.

Se aprecia que el trato fiscal era sumamente oneroso; sobre todo por la tributación independiente de la opción de compra y de la compraventa. Por esto, la generalidad de la doctrina (cfr., MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, pp. 119 y 137 y VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 286) señaló la conveniencia de una intervención del legislador encaminada a la eliminación de los obstáculos fiscales que dificultaban el desarrollo del *leasing* financiero. MARTÍN OVIEDO (*El «leasing»...*, pp. 119 y 137) consideró conveniente la unificación del tratamiento fiscal de las operaciones de *leasing* financiero, adscribiéndolas en su totalidad al Impuesto General sobre Tráfico de Empresas. Nuestro legislador ha tenido en cuenta esta sugerencia y, en las disposiciones legales referidas, grava unitariamente el *leasing* o arrendamiento financiero con el citado impuesto. Las operaciones de arrendamiento financiero (*leasing*) son configuradas como actos habituales de las empresas a efectos de su gravamen por el Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas. La publicación de estas disposiciones fiscales se ha notado en la práctica de este negocio, que conoce un mayor desarrollo, practicándose también en el ámbito inmobiliario.

QUIBER...). Estas consideraciones revelan que estamos en presencia de un tema jurídico de indudable interés.

Teniendo en cuenta los modelos que operan en el tráfico, podemos establecer la mecánica del *leasing* financiero. En este negocio complejo participan tres sujetos, cuyas relaciones configuran su significado general. Las relaciones que surgen entre estos tres sujetos se estructuran de la manera siguiente: a) El usuario se pone en contacto con un suministrador de determinados bienes. De esta manera conoce perfectamente sus características y condiciones; b) Posteriormente, el usuario se dirige a una sociedad de *leasing* para que adquiera los bienes que desea y se los ceda durante un determinado período de tiempo, a cambio de una contraprestación dineraria; c) La sociedad de *leasing* examina la propuesta del usuario, cuya aceptación determina la celebración del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero; d) La sociedad de *leasing*, de acuerdo con las instrucciones del usuario, adquiere los bienes designados por éste; e) El contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario (el *leasing* o arrendamiento financiero) está sujeto a un plazo de duración irrevocable, a cuyo vencimiento el usuario dispone de una triple opción: 1.º La devolución de los bienes cedidos a la sociedad de *leasing*; 2.º La renovación del contrato de *leasing* financiero; 3.º La adquisición de la propiedad de los bienes.

En este estudio tratamos de solucionar dos importantes problemas jurídicos: el de la naturaleza del *leasing* financiero y el del control de las condiciones generales de este negocio. En esta labor hemos tenido muy en cuenta la reciente monografía de Giovanoli: «*Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*», París, 1980, con prólogo de Hemard.

En la citada monografía, Giovanoli no expone el desarrollo y el régimen jurídico del *leasing* financiero en España; sin embargo, lleva a cabo una exposición detallada de su configuración en Alemania Federal, Francia, Bélgica, Suiza e Italia, lo cual es sumamente útil para comprender el significado general del *leasing* financiero. Suministra, de forma ordenada y rigurosa, una extraordinaria documentación, de difícil acceso, y se adentra en el examen de la copiosa literatura jurídica que sobre este tema existe en los países referidos. Con razón, el profesor Hemard destaca en el prólogo la riqueza de la monografía, tanto por el número de indicaciones sobre la utilización del *leasing* en dichos países, como por el análisis de las reglas jurídicas (civiles y fiscales) que le son aplicables en cada uno de ellos. En este sentido, los anexos (págs. 443-530) atestiguan la importante investigación que ha realizado este autor suizo; en ellos ofrece una información completa de los distintos textos legales, modelos de contratos, jurisprudencia y bibliografía existentes. Por este motivo, estamos ante una obra de necesaria consulta, pues facilita extraordinariamente cualquier trabajo de investigación que se realice sobre el *leasing* financiero y suscita el planteamiento de numerosos problemas jurídicos. El orden en la exposición y el rigor en las citas, que hemos tenido ocasión de

comprobar, aumentan su valor. En relación con el *leasing* financiero, no tenemos conocimiento de que se haya realizado un estudio de Derecho comparado semejante al de Giovanoli. Además, no realiza un examen comparativo breve y superficial, sino que expone con amplitud la problemática jurídica del *leasing* financiero en cada uno de los países citados. El análisis comparativo comprende las dos terceras partes de la monografía (aproximadamente 350 páginas). Giovanoli completa la labor con la exposición de su punto de vista personal sobre el significado y la naturaleza jurídica del *leasing* financiero (págs. 351-437).

Todas las razones apuntadas han determinado que tengamos muy en cuenta la monografía citada para analizar los problemas que examinamos en este estudio. Por ello, consideramos conveniente reflejar su contenido general, dedicando una especial atención a los puntos de vista de Giovanoli. No comparte la mayor parte de las opiniones que defendimos en el estudio que sobre el *leasing* financiero se ha publicado en este ANUARIO (4), y sobre todo su tesis está claramente dirigida a proteger los intereses de las sociedades de *leasing*, sin tener en cuenta que algunas de las cláusulas que figuran en las condiciones generales son de difícil justificación.

En la exposición del contenido de la monografía, vamos a seguir el orden expositivo adoptado por Giovanoli.

PARTE PRIMERA.—*Noción económica y origen del «leasing»*

1. *Desarrollo de la operación* (págs. 11-17).—Giovanoli explica el desarrollo de la operación de *leasing* mobiliario. Señala que existen tres fases, que expone con abstracción de toda tentativa de calificación jurídica.

Primera fase.—Una empresa (el usuario), que tiene necesidad de bienes de equipo, se dirige a un suministrador y acuerda el precio y el plazo de entrega. Pero en lugar de adquirir directamente los bienes, solicita el concurso de un establecimiento financiero, la sociedad de *leasing*. Si ésta acepta intervenir, entrega al suministrador el precio convenido y adquiere, en lugar de la empresa cliente (el usuario), la propiedad de los bienes elegidos. Estos bienes son entregados a la empresa (el usuario), que los recibe como si ella misma los hubiese adquirido. La empresa (el usuario) soluciona directamente con el suministrador los incidentes que surgen en caso de retraso en la entrega o defectos en los bienes entregados.

Segunda fase.—Durante un período fijo (denominado período irrevocable), la empresa (el usuario) goza de los bienes financiados. En contraprestación, entrega a la sociedad de *leasing* unos pagos periódicos, que son calculados de manera que cubran la total devolución de los fondos puestos por la sociedad de *leasing*, los gastos, intereses y margen de beneficio. Al mismo tiempo, la empresa (el usuario) asume el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades que se refieren

(4) *El «leasing» financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, III, pp. 759-785.

a los bienes financiados. Además, se compromete a abstenerse de realizar actos que puedan disminuir el valor de los bienes financiados, y no puede modificarlos o desplazarlos sin el consentimiento de la sociedad de *leasing*.

Tercera fase.—Al concluir el período irrevocable, la empresa (el usuario) tiene varias opciones:

— Si los bienes financiados no tienen interés para la empresa (el usuario), puede simplemente devolverlos a la sociedad de *leasing*, que los desechará si no tienen valor, o los venderá si lo tienen.

— La empresa (el usuario) dispone frecuentemente de una opción de compra, que le permite acceder a la propiedad de los bienes.

— A menudo, se acuerda que la empresa (el usuario) puede demandar también la renovación del contrato por una duración variable, abonando un precio periódico reducido.

La estructura general de la operación de *leasing* es parecida cuando tiene por objeto la financiación de inmuebles. Sin embargo, hay que destacar algunas peculiaridades; sobre todo, cuando la empresa (el usuario) desea que sean construidos edificios nuevos, puesto que entonces será necesario, de una parte, adquirir el terreno o constituir un derecho de superficie (o un arrendamiento-construcción, e incluso un derecho de enfiteusis) en beneficio de la sociedad de *leasing* y, de otra parte, concluir un contrato de empresa general o toda una serie de contratos de empresa para construir los edificios previstos. Después de la terminación de la construcción, la operación se desarrolla de la misma manera que la segunda fase de la operación de *leasing* mobiliario.

En la fase de conclusión de la operación aparece otra importante peculiaridad del *leasing* inmobiliario: contrariamente a los bienes de equipo, los inmuebles financiados conservan siempre un cierto valor e incorporan a menudo una plusvalía. Por esto, la empresa (el usuario) tendrá siempre interés en ejercitar la opción de compra. A veces, se prevé que la propiedad pase automáticamente a la empresa (el usuario) por el juego de la accesión.

Al lado de la forma clásica de *leasing*, está el *lease-back*: la empresa (el usuario) vende los bienes a la sociedad de *leasing*, conservando su goce por virtud de un contrato de *leasing*.

2. *El «leasing» como procedimiento de financiación y como operación de crédito* (págs. 17-21).—Para la sociedad de *leasing* se trata de un negocio comparable al préstamo, mientras que para la empresa cliente (el usuario), de un procedimiento de financiación de sus inversiones productivas. El objeto del *leasing*, desde el punto de vista de la empresa (el usuario), reside en realizar una inversión determinada para satisfacer sus necesidades.

3. *Apreciación de la utilidad del leasing* (págs. 32-43).—Para el usuario, las incitaciones para recurrir al *leasing* son múltiples. Así, por ejemplo, simplifica la gestión y aporta un elemento de flexibilidad a la política de inversiones. Nótese que asegura la íntegra financiación

de una inversión a través de fondos externos. Permite llevar a cabo una economía de los fondos propios, que pueden ser utilizados para cumplir otros fines o simplemente para reforzar la tesorería. Además, el *leasing* implica que los pagos periódicos pueden estar estrechamente adaptados a los ingresos que se obtienen de la explotación de los bienes financiados.

Algunos autores afirman que el *leasing* es un negocio bastante oneroso para el usuario. Sin embargo, Giovanoli (pág. 34) señala que no tienen en cuenta el escalonamiento en el tiempo de los pagos. Además, el *leasing* dispensa al usuario de todo pago inmediato, repartiéndose la carga durante un largo período (tres a cinco años, en el *leasing* mobiliario; diez a veinte años, en el *leasing* inmobiliario). En el intervalo, el usuario obtiene el beneficio del rendimiento de los bienes.

En el plano fiscal, el interés del *leasing* depende, en buena medida, del régimen fiscal que le sea aplicable.

Para la sociedad de *leasing*, el mismo representa dos indudables ventajas: la rentabilidad, pues obtiene un importante beneficio económico, y la seguridad de los fondos invertidos, ya que conserva la propiedad de los bienes durante el período de *leasing*. Para el suministrador, el *leasing* es un instrumento de promoción de ventas.

4. *Terminología y tipología del leasing* (págs. 44-73).—Giovanoli expone las diferentes definiciones legales del *leasing* (artículo 1.º de la Ley francesa de 2 de julio de 1966; Decretos alemanes de 21 de marzo de 1972 y 9 de abril de 1971; artículo 1.º del Decreto Real belga de 10 de noviembre de 1967; Proyecto de ley italiano de 25 de julio de 1979), haciendo una síntesis en un cuadro comparativo muy detallado (págs. 52-53). A continuación, enumera todas las operaciones denominadas impropriamente *leasing* (págs. 54-57) y muestra los diferentes tipos de *leasing* utilizados en los sectores económicos, insistiendo en las particularidades que presenta el *leasing* inmobiliario (págs. 60-73).

5. *El nacimiento y el desarrollo del «leasing» en Estados Unidos y Gran Bretaña* (págs. 74-101).—La primera parte de la monografía concluye con un atento examen del origen del *leasing* en Estados Unidos y Gran Bretaña. El autor no se limita a exponer el origen de este negocio complejo, sino que también describe las características que presenta en ambos países. Analiza la normativa del *Uniform Commercial Code* (UCC) sobre el «*lease*» y alude al proyecto inglés de *Lending and Security Act*.

PARTE SEGUNDA.—Desarrollo del «leasing» en Europa continental: cuadro jurídico y fiscal

1. *El «leasing» en Francia* (págs. 109-147).—Este país ha jugado un papel pionero en la implantación del *leasing* en Europa continental. En el plano legislativo, las autoridades francesas han promulgado un conjunto de disposiciones legales, que no tiene equivalente en el resto de Europa.

Giovanoli analiza el desarrollo económico del *leasing* financiero de

bienes muebles e inmuebles, y sobre todo la Ley de 2 de julio de 1966, la Ordenanza de 28 de septiembre de 1967 y las diferentes disposiciones de carácter fiscal (Decretos de 4 de febrero de 1972 y 4 de julio de 1972).

2. *El leasing en Alemania Federal* (págs. 148-168).—La República Federal de Alemania es, con Francia, el país de Europa continental donde el *leasing* ha conocido un mayor éxito, aunque las condiciones de su desarrollo han sido muy diferentes en los dos países. Las autoridades alemanas han adoptado, en relación con la nueva técnica de financiación, una política de «*laissez faire*», que contrasta con el intervencionismo francés. Solamente en el dominio fiscal ha preocupado el *leasing* a las autoridades alemanas. Se han promulgado los Decretos de 19 de abril de 1971 y 21 de marzo de 1972, que están inspirados en la doctrina jurisprudencial del *Bundesfinanzhof*, que arranca de la sentencia de 26 de enero de 1970. En determinados casos, se afirma que, en el plano fiscal, el usuario es el propietario económico de los bienes financiados: cuando el precio de la opción de compra es insignificante; cuando los bienes carecen prácticamente de valor al concluir el período irrevocable de *leasing*; cuando el precio del alquiler es muy bajo durante el período de renovación del contrato; cuando los bienes sólo son susceptibles de ser utilizados por el usuario.

Giovanoli expone la evolución del *leasing* en Alemania Federal, una vez publicadas las citadas disposiciones legales, destacando la ausencia de un cuadro legal específico que discipline los aspectos sustantivos del *leasing* financiero.

3. *El «leasing» (location-financement) en Bélgica* (págs. 169-182). *Giovanoli* destaca la diversa evolución del *leasing* de bienes muebles y de bienes inmuebles. En lo referente al *leasing* mobiliario, se ha seguido de cerca el ejemplo francés. El Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 se inspira en la legislación francesa. Por contra, no existe en Bélgica una reglamentación específica aplicable al *leasing* inmobiliario. El autor expone el desarrollo del *leasing* y examina la mencionada disposición legal. También se refiere a las normas fiscales que se aplican a este peculiar negocio.

4. *El «leasing» en Italia* (págs. 183-200).—*Giovanoli* se refiere al origen del *leasing* financiero en Italia, y al desarrollo que ha experimentado en este país. Señala las incertidumbres existentes para determinar su régimen jurídico, ya que no existe todavía una disposición legal que lo discipline. A partir de 1973 han aparecido diversos proyectos de ley, sin que ninguno haya cristalizado en ley. El proyecto de 25 de julio de 1979 está inspirado en la normativa francesa. Existen algunas disposiciones fiscales que se aplican al *leasing*.

5. *El «leasing» en Suiza* (págs. 201-216).—En Suiza, el *leasing* se ha implantado más tarde que en otros países de Europa. *Giovanoli* expone las razones que lo han motivado. Destaca la ausencia de una reglamentación específica que discipline sus aspectos sustantivos; sólo existen normas de carácter fiscal.

PARTE TERCERA.—Naturaleza jurídica de «leasing»

1. *Derecho francés* (págs. 223-269).—La normativa francesa (Ley de 2 de julio de 1966 y Ordenanza de 28 de septiembre de 1967) conceptúa al *leasing* (*crédit-bail*) como un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. Esta calificación ha sido aceptada por la doctrina dominante y la jurisprudencia, que afirma la naturaleza arrendaticia del *leasing* o *crédit-bail* a partir de la Sentencia del Tribunal Comercial de La Rochelle de 26 de junio de 1964.

Los caracteres específicos del *leasing* de inmuebles han sido tenidos escasamente en cuenta por la corriente dominante, que ha aplicado en el dominio inmobiliario la teoría elaborada en el mobiliario. El problema fundamental ha consistido en determinar si es aplicable a este tipo de *leasing* la legislación especial de arrendamientos comerciales. La doctrina y la jurisprudencia están divididas en este punto. A pesar de consistir el *leasing* de inmuebles en un arrendamiento, por lo que, en principio, parece aplicable la citada normativa especial, Bey y otros autores destacan que, con ello, se pondría en peligro la propia subsistencia de este medio de financiación en el terreno inmobiliario.

Una modalidad especial del *leasing* de inmuebles es el *lease-back*, también llamado cesión-arrendamiento, cuya única diferencia con el *leasing* clásico consiste en que el suministrador del inmueble, en lugar de ser un tercero, es el futuro usuario. La disciplina legal no establece ninguna distinción entre el *lease-back* y el *leasing* clásico. Además, los modelos que operan en la práctica son casi idénticos en estas dos variedades de *leasing*. Por ello, la generalidad de los autores no pone en duda que el *lease-back* es un auténtico *leasing*.

Algún autor francés ha rechazado la naturaleza arrendaticia del *leasing*. Se opina que es un contrato *sui generis*, que no puede incluirse en ninguno de los contratos tipificados. También se ha dicho que es un préstamo de dinero, que se caracteriza porque la sociedad de *leasing* detenta la propiedad de los bienes en garantía.

Giovanoli se refiere al tema de las cláusulas penales que aparecen en los contratos de *leasing*. Se cuestiona si, en el marco del *leasing* o *crédit-bail*, son aplicables los artículos 1.152 y 1.231 del Código civil francés, que establecen el poder de moderación del juez cuando la pena convencional es manifiestamente excesiva o insignificante. Algunos autores señalan que la obligación del usuario es indivisible, y que la aplicación de estos artículos es incompatible con la naturaleza financiera del *leasing*. Otros, en cambio, piensan lo contrario.

Por último, se alude a la relación que surge entre el usuario y el suministrador de los bienes. Parece que existe una oferta de venta, negociada por el suministrador y el usuario y aceptada posteriormente por la sociedad de *leasing*. Sin embargo, algunos autores entienden que existe una promesa unilateral de venta del suministrador, que se hace en beneficio de la persona designada por el futuro usuario, e incluso se ha estimado que, debido a que el futuro usuario obra como

mandatario de la sociedad de *leasing*, ésta asume la promesa de comprar los bienes designados por el usuario.

Un gran debate doctrinal surge en torno a la explicación jurídica de la acción directa del usuario contra el suministrador de los bienes. Se han expuesto múltiples teorías: a) juega la acción de responsabilidad extracontractual; b) existe una delegación que acepta el usuario; c) existe una subrogación convencional del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing*; d) la sociedad de *leasing* cede al usuario el crédito que tiene contra el suministrador; e) existe una estipulación de la sociedad de *leasing* con el suministrador en beneficio del usuario; f) existe un mandato conferido por la sociedad de *leasing* al usuario.

2. *Derecho alemán* (págs. 270-302).—En Alemania Federal, a consecuencia de la sentencia fundamental del *Bundesfinanzhof* de 26 de enero de 1970, el Ministerio de Economía y Finanzas publicó dos Decretos de 16 de abril de 1971 y 23 de marzo de 1972, precisando el régimen fiscal de las operaciones de *leasing* financiero. Estas disposiciones legales establecen, como vimos, los casos en que el usuario detenta la propiedad económica de los bienes.

La doctrina dominante asimila el *leasing* al arrendamiento. Las partes no tienen intención, en el momento de la conclusión del contrato de *leasing*, de transferir la propiedad de los bienes. La venta ulterior, debida al ejercicio de la opción de compra, no influye en la calificación de la relación contractual que vincula a las partes durante el período de arrendamiento. Las particularidades del *leasing* se explican por su función financiera. Sin embargo, algunos autores estiman que el *leasing* es un contrato mixto, en el que concurren elementos del arrendamiento y de la venta; otros, en cambio, piensan que es una compraventa, basándose en las diferencias esenciales que existen entre el *leasing* y el arrendamiento y en que el objeto económico del negocio es la enajenación de la sustancia de los bienes. Finalmente, algunos piensan que es un contrato *sui generis* que se distingue de la venta y del arrendamiento.

Los Tribunales alemanes han aplicado la *Abzablungsgesetz* cuando han apreciado que la finalidad económica del negocio es idéntica a la de la venta; en cambio, debido a la remodelación de los modelos de contratos de *leasing*, aquéllos se muestran cada vez más favorables a admitir que el centro de gravedad del *leasing* es el arrendamiento.

Giovanoli refiere algunas cláusulas que aparecen en los contratos de *leasing*, cuya validez es puesta en duda por los autores y los Tribunales, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la ley sobre «Condiciones generales» (*AGB-Gesetz*).

3. *Derecho belga* (págs. 303-316).—El Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 se refiere al *leasing* mobiliario, que califica como arrendamiento financiero (*location financement*) con opción de compra en favor del usuario. En lo esencial, la mayor parte de los autores y Tribunales aceptan la calificación legal, si bien no dejan de destacar el carácter especial del arrendamiento financiero.

El *leasing* inmobiliario presenta unos caracteres muy peculiares. La enfitéusis ha conocido un auténtico renacimiento en Bélgica, al ser uno de los soportes del *leasing* inmobiliario (5). La razón hay que encontrarla en el deseo de la sociedad de *leasing* de evitar la aplicación de la legislación especial de arrendamientos comerciales.

4. *Derecho italiano* (págs. 317-330).—En Italia, el *leasing* sólo ha sido contemplado por disposiciones fiscales, que tratan de favorecer su desarrollo. En el plano del Derecho privado, sólo existen proyectos de ley, que inspirados en la legislación francesa, lo enmarcan en el arrendamiento. Ante esta situación legal, no es extraño que se aprecie una notable perplejidad en la doctrina y la jurisprudencia. Se pueden distinguir cuatro tesis. A los que vinculan el *leasing* al arrendamiento se oponen los partidarios de las normas de la compraventa. Entre los dos extremos se sitúan los que afirman su naturaleza mixta. Algunos autores señalan que es un préstamo con garantía real.

5. *Derecho suizo* (págs. 331-348).—En Suiza, el debate sobre la naturaleza del *leasing* se ha desarrollado sin que exista una reglamentación legal específica. Se pueden distinguir tres tendencias doctrinales. Según una primera opinión, el contrato de *leasing* es una venta a plazos. Una segunda opinión afirma que si las partes no han tenido, en el momento de la conclusión del contrato, la intención de enajenar los bienes en un momento dado de la operación, se trata de un contrato de cesión de uso *sui generis*. Para algunos autores es un contrato mixto.

Destaca Giovanoli que las sociedades helvéticas han tratado de descartar la aplicación de la normativa legal sobre la venta a plazos. Esta actitud se refleja en la aproximación del *leasing* al arrendamiento.

PARTE CUARTA.—*Análisis de la operación de leasing* (págs. 351-441).

El análisis del *leasing* financiero constituye la cuarta parte de la obra; en la misma el autor quiere proceder a un nuevo examen del citado negocio, exponiendo los defectos que presentan todos los intentos de calificarlo como arrendamiento o compraventa. Entiende que estos intentos conducen a un divorcio entre la realidad económica y su forma jurídica. Para Giovanoli, la aproximación del *leasing* a las instituciones tradicionales no debe hacerse al nivel de los conceptos, sino teniendo en cuenta la realidad concreta del negocio celebrado.

Como sucede que el suministrador de los bienes sólo aparece esporádicamente en la fase inicial de este negocio, el análisis ha de referirse sucesivamente a las relaciones internas, es decir, las de la sociedad de *leasing* y el usuario, y las relaciones externas, es decir, las de la sociedad de *leasing* y el usuario frente a terceros (el suministrador de los bienes es un tercero).

(5) Es interesante destacar que, en nuestro Derecho, RICO PÉREZ (*Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra*, Madrid, 1977, p. 44) ha considerado que el censo enfitéutico es la mejor solución para el *leasing* inmobiliario.

1. La relación entre la sociedad de *leasing* y el usuario se articula de la siguiente manera: a) La sociedad de *leasing* presta dinero al usuario; se trata de un préstamo destinado a la financiación de una inversión específica. La sociedad de *leasing* entrega la suma convenida directamente al suministrador de los bienes financiados, que es el tercero designado por el usuario. En contrapartida al préstamo, el usuario contrae la obligación de devolver a la sociedad de *leasing*, en plazos sucesivos, el montante prestado, aumentado con los intereses, gastos y margen de beneficio. Estos pagos periódicos no tienen nada que ver con el alquiler, ya que se trata de una deuda única, debida íntegramente desde el comienzo de la operación, aunque su pago sea fraccionado. De esta manera tiene plena justificación las cláusulas de los contratos de *leasing* que obliga al usuario a pagar los plazos pendientes, aunque los bienes financiados hayan perecido por fuerza mayor o caso fortuito, y, en general, las diversas cláusulas de las condiciones generales que exoneran a la sociedad de *leasing* de cargas y responsabilidades.

Según Giovanoli, el usuario tiene una facultad alternativa, ya que puede liberarse, a su elección, pagando el último plazo (el denominado «precio de opción de compra») o renunciando al goce de los bienes. Se dice generalmente que en esta hipótesis el usuario restituye los bienes a la sociedad de *leasing*. Esta explicación es inexacta, porque la sociedad de *leasing* no ha tomado anteriormente posesión efectiva de los bienes. En efecto, en el comienzo de la operación los bienes han sido entregados directamente por el tercero suministrador al usuario, o estaba ya en posesión de éstos (*lease-back*). En los dos casos, la sociedad de *leasing* sólo ha adquirido el título de propiedad en garantía, sin desposesión del usuario. Señala este autor que, además, otras opciones son ofrecidas al usuario. La más frecuente es la denominada opción de prórroga del *leasing*, que le permite el goce de los bienes hasta la terminación de la sustancia económica. Cuando el valor residual es elevado al término de la operación, algunas veces se prevé que el usuario pueda concluir una segunda operación de *leasing*.

El carácter de préstamo del *leasing* se refleja en la naturaleza de los derechos y las obligaciones de las partes y en las cláusulas típicas de los contratos de *leasing* financiero. Giovanoli (pág. 384) precisa que estas cláusulas se justifican mejor en el préstamo que en el arrendamiento.

b) El usuario transmite fiduciariamente la propiedad de los bienes a la sociedad de *leasing*. Durante todo el largo período de devolución del préstamo, el usuario se encuentra en la misma posición que el fiduciante-vendedor, y la sociedad de *leasing* en la del fiduciario que ha recibido la propiedad de los bienes en concepto de garantía. En el marco de los derechos reales, la sociedad de *leasing* —como fiduciario— es propietario de los bienes. Esto significa que puede oponer su derecho de propiedad a cualquier tercero. Con relación al usuario (fiduciante), la sociedad de *leasing* sólo la detenta en garantía.

c) Para el usuario, el interés esencial del *leasing* reside en permitirle la financiación de la inversión por el propio rendimiento de los

bienes. Por ello, es imprescindible que el usuario conserve el goce de los bienes, aunque su propiedad haya sido transferida a la sociedad de *leasing* como garantía de la devolución del préstamo. La sociedad de *leasing* acepta limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietaria (no goza de los bienes), porque el usuario, en contrapartida, debe asumir las cargas y los riesgos y exonerar a la sociedad de *leasing* de cualquier responsabilidad. Según Giovanoli (pág. 401), estas cláusulas, que serían insólitas e incomprensibles en la lógica del arrendamiento, tienen pleno sentido si se califica el *leasing* de la manera descrita.

2. Las relaciones externas de la sociedad de *leasing* y del usuario con los terceros presentan una problemática peculiar. El autor (página 404) conceptúa al suministrador de los bienes como tercero, y analiza, en este capítulo, la posición común de la sociedad de *leasing* y del usuario frente al suministrador, y sus relaciones con los restantes terceros.

a) El problema de las relaciones entre el suministrador de los bienes y el usuario es uno de los más difíciles de resolver. La cuestión tiene un interés práctico considerable, como testimonian los numerosos litigios relacionados con la entrega y los defectos de los bienes. Fiel a su papel puramente financiero, la sociedad de *leasing* trata de exonerarse de toda responsabilidad en estas hipótesis. Giovanoli (págs. 406-407) se refiere a la adquisición de los bienes por la sociedad de *leasing*, siguiendo las instrucciones del usuario. Cuestiona si la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando compra los bienes al suministrador. Según este autor, la objeción más fundada que puede hacerse a los autores que consideran que la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes, es la siguiente: de acuerdo con esta tesis, es necesario admitir que, debido a que los efectos del mandato se producen en la persona del mandante, los bienes son adquiridos por el usuario. Este efecto no se acomoda a la función económica del *leasing* financiero, porque la sociedad de *leasing* estaría privada de su principal garantía: la propiedad de los bienes. Giovanoli (pág. 407) opina que este razonamiento es irrefutable, pero incompleto. Si se admite que la sociedad de *leasing* actúa por cuenta del usuario al adquirir los bienes, es exacto pensar que el usuario debe convertirse en propietario; pero otra convención despliega simultáneamente sus efectos entre el usuario y la sociedad de *leasing*: la venta en garantía. Si el usuario se convierte en propietario de los bienes, en un «instante lógico» transmite inmediatamente el título de propiedad a la sociedad de *leasing* en concepto de garantía. A fin de evitar la doble transmisión de la propiedad, las dos operaciones señaladas se combinan y la sociedad de *leasing* retiene en el paso el título de propiedad en concepto de garantía. No obstante, otros efectos de la adquisición hecha por la sociedad de *leasing* (mandatario) se producen en la cabeza del usuario (mandante), que obtiene el goce de los bienes y soporta los riesgos y las cargas que resulten de la adquisición. Para este autor (pág. 408), el mandato de adquirir los bienes, dado por el usuario a la sociedad

de *leasing*, debe ser calificado como «mandato de interés común». Con esta construcción, afirma Giovanoli, se salvaguarda perfectamente el interés de la sociedad de *leasing*.

b) Finalmente, Giovanoli (págs. 410 ss.) aborda el problema de la protección de la sociedad de *leasing* y del usuario frente a la acción de los terceros. La protección de la misma está asegurada por la conservación de la propiedad de los bienes, que es oponible a los terceros en los supuestos de quiebra del usuario, enajenación de los bienes y constitución de prenda o hipoteca por el usuario. La oponibilidad está, además, asegurada por la publicidad registral en el ámbito del *leasing* inmobiliario. En el marco del *leasing* mobiliario, sería muy conveniente la creación de un sistema organizado de publicidad; sin embargo, sólo en Francia se ha constituido el mismo.

La protección del usuario debe ser asegurada en los casos de quiebra de la sociedad de *leasing* y de venta de los bienes. La publicidad responde a esta necesidad en el *leasing* inmobiliario. En el *leasing* de bienes muebles, el usuario dispondrá de las acciones correspondientes para dirigirse contra la sociedad de *leasing*, y obtener la reparación del daño que ésta le ha causado. Según Giovanoli (pág. 425), la protección del usuario es más eficaz en los países que vinculan la transmisión de la propiedad a la tradición, que en los otros. Nótese que el usuario es el poseedor de los bienes.

II. LA NATURALEZA JURIDICA DEL «LEASING» FINANCIERO

1. *La tesis de Giovanoli.*—Como hemos visto, Giovanoli configura el *leasing* financiero como un préstamo de dinero que hace la sociedad de *leasing* al usuario. En virtud de un mandato conferido por el usuario a la sociedad de *leasing*, ésta entrega la suma prestada al suministrador de los bienes, que es un tercero designado por el usuario. La propiedad de los bienes es adquirida por el usuario (mandante) en un «instante lógico», porque vende simultáneamente los bienes a la sociedad de *leasing* (venta en garantía). La sociedad de *leasing* va a ser la propietaria fiduciaria de los bienes durante el período fijado para la devolución del dinero prestado, de los gastos e intereses y del margen de beneficio. A lo largo de este período, el usuario conserva el goce de los bienes. Una vez que ha abonado a la sociedad de *leasing* la referida suma de dinero, el usuario adquiere el pleno dominio de los bienes. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el usuario no abone el último plazo (el denominado impropriadamente «precio de opción de compra»), en cuyo caso no adquiere la propiedad de los bienes.

Giovanoli no es el único autor que configura de la citada manera al *leasing* financiero. Una tesis semejante es defendida por Calon (6) y

(6) CALÓN, *Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux*, en *Juris Classeur Periodique*, 1977, I, 2842.

Clarizia (7). En nuestro Derecho, De la Cuesta Rute (8) señala que el negocio es fiduciario, pues el usuario se encuentra respecto a la cosa en una posición idéntica a la de quien habiendo celebrado un contrato de compraventa no ha llegado a adquirir la propiedad por retenerla en garantía el *tradens*. Si se mira desde el ángulo de su posición respecto del pago del precio, es idéntica a la del fiduciante en garantía del crédito. A diferencia de los autores mencionados, De la Cuesta Rute tiene en cuenta la teoría del profesor De Castro sobre el significado del negocio fiduciario (crítica a la teoría del doble efecto).

En contra de esta tesis se pronuncian casi todos los autores y la jurisprudencia. La mayoría no la tienen en cuenta; algunos autores, sin embargo, exponen argumentos para negar que el *leasing* financiero es un préstamo. En el Derecho alemán se destaca que la asimilación del *leasing* financiero al préstamo de dinero (*Gelddarlehen*) no es posible, porque no existe transferencia de la propiedad de una suma de dinero. La propia sociedad de *leasing* adquiere los bienes, por lo que no puede pretenderse que el pago del precio al suministrador extingue una deuda del usuario (9). Se afirma también que no puede concebirse el *leasing* financiero como un préstamo de determinadas cosas, que tiene como contrapartida la obligación del usuario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*Sachdarlehen*). Los contratos de *leasing* financiero no se refieren a cosas fungibles, sino a bienes específicos, cuya propiedad no es transferida al usuario (10). En el Derecho italiano se piensa de forma similar. Concretamente, se precisa que el *leasing* financiero no puede reconducirse a los esquemas del comodato (gratuidad de la prestación) ni del mutuo (contrato que prevé únicamente la obligación de restituir la cosa fungible transmitida en propiedad al mutuuario) (11). En nuestro Derecho se afirma acertadamente que el *leasing* financiero no puede configurarse como mutuo o comodato. Del mutuo, con el que el *leasing* financiero puede guardar alguna afinidad por su función financiera, separa a este contrato la fungibilidad característica de los bienes prestados cuya propiedad se transfiere al prestatario quien, en caso de restitución, cumple entregando otro bienes de la misma especie o calidad. Y por lo que se refiere al comodato, si bien es cierto que en el *leasing* financiero existe una cesión de uso, no lo es menos que no es éste un contrato especialmente gratuito, ni se admite en él que el propietario de los bienes pueda re-

(7) CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1976, II, p. 471.

(8) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al «leasing»*, en la Revista de Derecho Mercantil, 1970, p. 606.

(9) BINDER, *Rechtsnatur und Inhalt des Leasing-Vertrages*, Köln, 1967, pp. 31-32; PLATHE, *Die rechtliche Beurteilung des Leasing-Geschäfts*, Kiel, 1969, p. 136; KUMMER, en SOERGEL, BGB, tomo 3, 1980, p. 64.

(10) Referencia en nota anterior.

(11) GARGIULLO, *Aspetti giuridici del contratto di Leasing*, en *II Foro Italiano*, Roma, 1971, parte V., p. 43; MINEO, *Leasing e garanzia patrimoniale*, Roma, 1976, p. 327.

clamarlos si tiene necesidad como sucede, en cambio, en el comodato (12).

A nuestro juicio, la tesis de Giovanoli no se acomoda a la realidad. La sociedad de *leasing* no presta dinero al usuario, sino que, con dinero de ella, compra los bienes al suministrador designado por el usuario. La propia sociedad de *leasing* adquiere la propiedad de los bienes para cedérselos en arrendamiento al usuario. Si el *leasing* financiero implicase un préstamo de dinero, no se comprende por qué motivos el usuario no compra directamente los bienes al suministrador, una vez que la sociedad de *leasing* le ha prestado el dinero. No sería necesario y lógico implicar a la sociedad de *leasing* en la adquisición de los bienes y complicar de manera extraordinaria la operación, haciendo que la sociedad de *leasing* se relacione con el suministrador en virtud de un mandato. Además, de acuerdo con el planteamiento de Giovanoli, lo lógico sería que la propiedad de los bienes la adquiriese directamente el usuario. Sin embargo, como ve que esto no sucede en la realidad y además conduce a unas consecuencias jurídicas que no le satisfacen, recurre a una auténtica ficción: el usuario, en el instante en que recibe la propiedad, la transmite en garantía a la sociedad de *leasing*. Nos parece que son totalmente acertadas las razones señaladas para negar que el *leasing* financiero es un mutuo o un comodato.

Giovanoli y, en general, los autores que configuran el *leasing* como un negocio fiduciario, afirman, sin base alguna, que existe una venta en garantía, de tal suerte que se transmite la propiedad de los bienes a la sociedad de *leasing*. No se aprecia en el *leasing* financiero que el usuario venda los bienes a la sociedad de *leasing*. Giovanoli no repara en que, salvo que se haya producido una venta disfrazada (13), el usuario no es el propietario de los bienes, porque la sociedad de *leasing* no los ha adquirido con dinero prestado al usuario, sino que los ha comprado con dinero propio al suministrador designado por éste. Entre nosotros, Sagrera y Martorell (14) y Martín Oviedo (15) son los únicos autores que critican de manera específica la configuración del *leasing* financiero como negocio fiduciario. Afirman los primeros que la tesis de los autores que piensan que la sociedad de *leasing* detenta la propiedad de los bienes en méritos de una *fiducia cum creditore*, es una interpretación que no parece la más adecuada conociendo la intención de las partes que concurren en la formalización de estos contratos. Con sentido crítico, Martín Oviedo precisa que hay autores que haciendo, si es preciso, una pirueta en el vacío, se aventuran conclusiones como: el *leasing* no es más que... un negocio fiduciario.

Entendemos que la argumentación de Giovanoli obedece a un claro

(12) Equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil*, II, Unidad didáctica 1.ª, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1976, p. 96; VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 151; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute...*, p. 35.

(13) Mas adelante señalamos los casos en que esto tiene lugar.

(14) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de «leasing»*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1972, núm. 3, p. 565.

(15) MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, p. 227.

intento de superar los problemas que la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero puede ocasionar a las sociedades de *leasing*. A lo largo de la monografía (16), señala que, con su tesis, diversas cláusulas de las condiciones generales, cuya licitud ha sido puesta en duda, sobre todo en Alemania Federal y Francia, son perfectamente lícitas. También niega que el *leasing* financiero pueda enmascarar una venta, porque si este negocio es calificado de esta manera, las sociedades de *leasing* pierden la propiedad de los bienes, lo cual no conviene a la protección de sus intereses. Con la tesis construida, este autor suizo trata de evitar este problema y además impedir la asimilación del *leasing* a la venta.

2. *El leasing financiero y el negocio fiduciario.*—Debemos destacar que Giovanoli configura la venta en garantía y, en general, el negocio fiduciario, de una manera poco satisfactoria. Para este autor, en el marco de los derechos reales, la sociedad de *leasing* —como comprador fiduciario— es la propietaria de los bienes; por ello, puede oponer su derecho de propiedad frente a todos (vg., los acreedores del usuario y sus causahabientes). Frente al usuario (vendedor-fiduciante), la sociedad de *leasing* está obligada a cumplir el pacto de fiducia. No puede enajenar los bienes, porque, una vez que el usuario ha devuelto a la sociedad de *leasing* el montante convenido, tiene derecho a adquirir plenamente la propiedad de los bienes. Estamos, pues, ante un negocio, el *leasing* financiero, del que derivan efectos reales (oponibles *erga omnes*) y personales (limitados a la sociedad de *leasing* y el usuario).

Giovanoli sustenta una concepción del negocio fiduciario que no puede mantenerse en el sistema jurídico español, de cariz marcadamente causalista. Hace algunos años, el profesor De Castro (17) consideró inadmisibles la teoría del doble efecto, y expuso cómo debe entenderse el negocio fiduciario en nuestro Derecho. Sus puntos de vista han sido aceptado por Albaladejo (18), Díez-Picazo y Gullón (19) y otros autores. De acuerdo con esta teoría, numerosas son las razones que impiden admitir en nuestro Derecho la tesis de Giovanoli. El Derecho español, a diferencia del alemán, no conoce el negocio abstracto (20). Como apunta De Castro (21), para la existencia de cada contrato se requiere una causa propia y adecuada (arts. 1.261 y 1.274 del Código civil). La transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza transmisiva), mediante la tradición (artículo 609 del Código civil). Aplicando esta regla a la venta en garantía, resulta que el negocio transmisor de la propiedad (la

(16) En las págs. 399 y 401.

(17) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 379 ss.

(18) ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, vol. 2.º, Madrid, 1975, pp. 266-267.

(19) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil I*, Madrid, 1979, pp. 627-628.

(20) Cfr. DE CASTRO, *El negocio...*, p. 406 y pp. 296 ss.

(21) DE CASTRO, *El negocio...*, pp. 406-407.

venta) carece de su causa propia, al no haber precio (artículo 1.445 del Código civil) y que no tiene otra causa, porque no puede servir de tal el pacto fiduciario, al haberse predicado la independencia total entre los dos negocios, el transmisivo de eficacia real y el pacto de mera eficacia obligatoria.

Tampoco desaparecen las dificultades apuntadas cuando se considera al negocio fiduciario unitariamente, con una propia y peculiar causa, la llamada «*causa fiduciae*». En la venta en garantía, ¿dónde se encuentra la reciprocidad de prestaciones propia de un contrato con causa onerosa? A la entrega de la cosa confiada no corresponde el precio, que aquí no existe. Las obligaciones asumidas por el fiduciario no pueden ser valoradas como contraprestación de la pérdida de la propiedad que sufriría el fiduciante; no son un «*quid pro quo*». El fiduciante *no ha recibido* nada por lo que ha dado. Las obligaciones del fiduciario harán tan sólo que su beneficio sea inferior del que lo sería por una donación simple, por la que se adquiere plena y definitivamente la propiedad, sin abonar precio; pues se dice que adquiere la propiedad plena y definitivamente, con la promesa de tener en cuenta que la recibe a fines de garantía; a la manera, si se quiere, de quien es favorecido con algo, bajo una carga o modo. El fiduciario recibe la propiedad, recibe también la garantía y en contraprestación nada ha dado, de nada se ha desprendido. En la venta en garantía, por tanto, no parece posible encontrar una causa que merezca el calificativo de onerosa y que así justifique el paso pleno y definitivo de la propiedad del fiduciante al fiduciario. A nadie, dice De Castro (22), se le ha ocurrido considerarla causa gratuita; sería absurdo decir que el fiduciante actúa como bienhechor haciendo una mera liberalidad (artículo 1.274 del Código civil) en favor del fiduciario (prestamista).

Si se analiza la venta en garantía, nos encontramos ante una escritura de venta. No frente a una «*mancipatio*» o al «contrato transmisiivo» alemán. Por ello, la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, afirma De Castro (23), nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía. Mas los negocios de garantía no son negocios independientes, sino que para su existencia requieren la de aquel crédito de cuyo cumplimiento responden. La venta en garantía corrientemente se usa para garantizar un préstamo. El porqué y para qué del negocio fiduciario será entonces proporcionar al prestamista una seguridad más del cobro. Esta será la causa de la «*fiducia cum creditore*».

La construcción examinada del negocio fiduciario choca todavía con otro obstáculo: la inadecuación de la «*causa fiduciae*» respecto al efecto de transmitir una propiedad, de modo pleno y definitivo. Eliminada la compraventa como tal título transmisiivo, por ser simulada

(22) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 408.

(23) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 408.

o inexistente, queda como único título el disimulado de garantía. La transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada. El garantizar un cobro no es título que puede justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo.

Para salvar esta disonancia, se ha propuesto limitar la eficacia transmisiva del negocio. Se ha pensado que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo, mientras que el fiduciante conserva la propiedad material (poder de goce); distinguiéndose correlativamente una relación interna (entre fiduciante y fiduciario) y otra externa (entre fiduciario y terceros).

El profesor De Castro (24) apunta que esta construcción, aunque evita las repugnantes injusticias que origina la teoría del doble efecto, implica la creación de un tipo especial de Derecho real, lo que iría contra la tendencia al cierre del número de derechos reales (25); y, en lo que aquí importa, supone admitir el negocio fiduciario como una verdadera figura de negocio jurídico, cuando más bien parece se trate de un procedimiento anómalo o deformador del negocio jurídico.

Frente a la tesis de Giovanoli y de los autores que piensan como él, debemos decir que en un derecho causalista como es el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: el contrato de compraventa simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados, de garantía. Su verdadera singularidad se encuentra en que el supuesto adquirente (comprador) aparece como titular dominical, por obra del verdadero dueño, que le confía tal titularidad para conseguir un fin determinado. En la simulación absoluta también se creará generalmente una titularidad fiduciaria. La posibilidad del abuso se centra en la enajenación que el dueño simulado o el fiduciario pueda hacer en favor de un tercero de buena fe. Queda la nota residual de que, mientras el falso dueño carece de todo poder verdadero sobre la cosa, este poder se dará en el negocio fiduciario, a consecuencia del pacto fiduciario.

Lo que importa destacar es que, conforme al sistema jurídico español, la titularidad fiduciaria no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía de préstamo disimulado). Como en todo negocio simulado, los actos dispositivo que realice el fiduciario como titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación. Además, los pactos fiduciarios pueden otorgar ciertos poderes al fiduciario respecto o en la cosa confiada.

3. *El carácter arrendaticio del «leasing» financiero.*—A nuestro juicio, existe una explicación más satisfactoria del *leasing* financiero.

(24) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 409.

(25) Sobre la cuestión, véase el amplio estudio de DÍEZ-PICAZO, *Autonomía privada y derechos reales*, en Libro-Homenaje a Roca Sastre, vol. 2.º, Madrid, 1978, págs. 299 ss.

Conviene huir de las ficciones y examinar el negocio tal como se desarrolla en la realidad. El negocio celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario tiene carácter complejo, ya que concurren un arrendamiento de cosas y, normalmente, una opción de compra en favor del usuario. Esta calificación jurídica se basa en que el *leasing* es configurado por las partes como la cesión onerosa del uso de determinados bienes durante un plazo, debiendo el usuario devolver dichos bienes cuando vence el plazo establecido, a no ser que el usuario ejercite la opción de compra o solicite la celebración de un nuevo contrato de *leasing* financiero. La sociedad de *leasing* sólo pierde la propiedad de los bienes, que anteriormente compró al suministrador designado por el usuario, de acuerdo con el encargo y las instrucciones de éste (26), si ejercita la opción de compra. Por tanto, seguimos manteniendo la opinión que ya expusimos en este ANUARIO (27). Es indudable que la definición legal del arrendamiento de cosas, que aparece en el artículo 1.543 del Código civil, se acomoda perfectamente al fenómeno descrito. A nuestro entender, esta tesis es la que mejor se acomoda al propósito negocial de las partes y a la estructura del negocio.

Un sector doctrinal se ha opuesto claramente a esta calificación jurídica, diciendo que algunas de las cláusulas de las condiciones generales del *leasing* son incompatibles con el arrendamiento de cosas. Se señala que el *leasing* financiero implica una auténtica venta (28), porque los

(26) Aunque algunos autores han entendido que la sociedad de *leasing* no actúa como mandatario del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes (cfr., COILLOT, *Initiation au leasing ou crédit-bail*, París, 1968, pp. 133-134; CHAMPAUD, *Le leasing*, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, núms. 28 y 29; MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 37; LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico del leasing*, en *Sociedades de leasing. Plan General de Contabilidad. Normas de adaptación*, Madrid, 1977, p. 306; REVERTE, *El contrato de leasing*, Murcia, 1969, p. 11); otros, en cambio, han rechazado esta tesis (cfr., VIDAL BLANCO, *El leasing...*, p. 138; CALÓN, *Les biens d'équipement ou leasing*, en *Recueil Dalloz Strey*, 1964, p. 17; Cámara Nacional de Consejeros Financieros, *Le leasing. Nouvelle formule d'équipement*, París, 1965, p. 13). A nuestro juicio, este punto de vista es el más acertado. Cuando la sociedad de *leasing* se dirige al suministrador designado por el usuario y adquiere los bienes de acuerdo con las instrucciones de éste, actúa como mandatario y el usuario como mandante. La sociedad de *leasing* interviene por cuenta de éste al relacionarse con el suministrador de los bienes. Se aprecia con claridad que el caso encaja perfectamente en la definición legal del mandato, que aparece en el artículo 1.709 de nuestro Código civil: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra».

(27) ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, fasc. III, pp. 764-765.

(28) En el Derecho italiano, MIRABALLI, *Il leasing e il Diritto italiano*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1974, parte primera, pp. 245-256; DE NOVA, *Contratto di leasing e controllo delle condizioni generali*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1973, II, pp. 344-349; en el Derecho alemán; THIEL, *Das leasing-steuerlich gesehen*, en *Die Information über Steuer und Wirtschaft*, 1964, pp. 164 ss.; LWOWSKY, *Erwerbersatz durch Nutzungsverträge*, *Hamburger*, 1967, pp. 98 ss.; PLATHE, *Die rechtliche Beurteilung des Leasing-Geschäfts*, Kiel, 1969, pp. 157 ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín, 1976, p. 426; KLAAS, *Die Risikoverteilung bei neueren Finanzierungsmethoden*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pp. 1502-1508; EMMERICH, *Schuldrecht, Besonderer Teil, Schwerpunkte*, III, 1973, p. 57; algunas sentencias de los

pagos parciales realizados no constituyen una renta periódica por el goce de determinados bienes, sino la parte fundamental del precio de compra. Cuando la opción de compra es ejercitable, el precio de los bienes ha sido prácticamente pagado. En el ámbito del *leasing* mobiliario, se comprende fácilmente esto si se tiene en cuenta que el plazo de vigencia del contrato de *leasing* financiero coincide con la duración económica de los bienes, de tal suerte que cuando el mismo se cumple los bienes carecen prácticamente de valor. El precio de la opción de compra es muy reducido (generalmente muy inferior al valor de los bienes en ese momento). Se apunta también que, en el *leasing* financiero, el usuario se encuentra en la situación de propietario; como si él hubiese comprado los bienes a plazos. Sólo así tiene sentido que el usuario soporte el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades que se vinculan a los bienes. El pretendido derecho de propiedad de la sociedad de *leasing* es puramente formal, puesto que no ejerce ninguna de las prerrogativas del propietario sobre los bienes. En nuestro Derecho, algunos autores (29) propugnan la aplicación de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de 17 de julio de 1965, por entender que el *leasing* financiero de bienes muebles es un negocio que cumple la misma finalidad económica que la venta a plazos de bienes muebles (*cf.* art. 2 de esta Ley especial). Esta ha sido la solución acogida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1978. Broseta (30) puntualiza que la ausencia de reglamentación está fomentando este contrato, quizá a costa de disposiciones imperativas que regulan las ventas a plazos.

Otro importante sector doctrinal (31) ha estimado que el *leasing* financiero es un contrato *sui generis*, que no se puede identificar con la

Tribunales alemanes han aplicado la *Abzahlungsgesetz*; OLG de Köln, 29 de marzo de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, pp. 1615-1617); LG de Zweibrücken, 18 de septiembre de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, 1974, pp. 193-194); *Bundesgerichtshof*, 12 de diciembre de 1973 (Neue Juristische Wochenschrift, 1974, pp. 365-367); *Bundesgerichtshof*, 9 de marzo de 1977 (Neue Juristische Wochenschrift, 1977, pp. 1058-1059); en el Derecho suizo, STAUDER, *Le contrat de finance - equipment-leasing*, en *Memoires publiés par la Faculté de Droit de Geneve*, n. 30, Geneve, 1970, pp. 30 ss.; HAUSHEER, *Finanzierungs-Leasing geweglichen Investionsguter*, en *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1970, 106, pp. 224 ss.; algunas sentencias de los Tribunales suizos se pronuncian en este sentido: Tribunal de Vaud, 16 de mayo de 1974, y Tribunal de Zurich, 12 de marzo de 1974.

(29) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing*, en la Revista de Derecho Mercantil, 1970, pp. 605-608; ZUMALACÁRREGUI, *La financiación de la venta a plazos y su protección registral*, en *Curso de Conferencias sobre el Registro Mercantil*, Madrid, 1971, pp. 50-51.

(30) BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, p. 397.

(31) En el Derecho belga, FREDERIQ, *Precis de droit commercial*, Bruxelles, 1970, pp. 181-182; en el Derecho italiano, GARGIULLO, *Aspetti...*, p. 43; D'AMATO, *Profilo giuridico del contratto di leasing* (nota a la sentencia del Tribunal de Vigevano de 14 de diciembre de 1972), en *Giustizia Civile*, Milán, 1973, I, pp. 1800-1801; en el Derecho alemán, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht, Besonderer Teil*, II, 11.ª ed., München, 1977, pp. 411-412; RUNGE-BREMSE-ZÖLLER, *Leasing-Betriebswirtschaftliche handels-und steuerrechtliche Grundlage*, Heidelberg, 1978, p. 233; en nuestro Derecho, RICO PÉREZ, *Op. cit.*, pp. 21-36; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, p. 416.

venta, ya que no opera automáticamente la transferencia de la propiedad de los bienes al usuario en el momento del último pago, ni con el arrendamiento, pues en el *leasing* financiero son típicas una serie de cláusulas que impiden su asimilación al arrendamiento; estas cláusulas derivan básicamente del carácter financiero del *leasing*. No es compatible con el arrendamiento que el usuario soporte el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades. Se dice también que en el *leasing* financiero (se están refiriendo al de bienes muebles) se contempla la amortización completa de los bienes, lo cual no se acomoda con el arrendamiento de cosas.

A nuestro juicio, ambas tesis pueden ser rebatidas. En primer lugar, debemos decir que existen importantes diferencias entre el *leasing* financiero y la venta a plazos, como destaca la doctrina dominante (32).

La *ratio* del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes; no en la transmisión de su propiedad al usuario. La sociedad de *leasing* sólo pierde la propiedad de los bienes si el usuario ejerce

(32) En este sentido se pronuncia prácticamente la totalidad de los autores franceses: BEY, *De la symbiotique dans le leasing et crédit bail mobiliers*, París, 1970, pp. 168-72; CREMIEUX-ISRAEL, *Leasing et crédit-bail mobiliers. Aspects juridiques, comptables et fiscaux*, París, 1975, pp. 14 ss.; VIATTE, *La crédit-bail, Journal de notaires et des avocats*, París, 1968, p. 634; CHAMPAUD, *Leasing...*, ns. 25-36; COLLOT, *Initiation...*, pp. 88-97; en igual sentido, la inmensa mayoría de las sentencias de los tribunales franceses, que son citadas por los autores mencionados. En el Derecho alemán, MEILICKE, *Leasing. Kivilrecht-Bilanzrecht, Steuerrecht*, en *Der Betrieb-Beraters*, 1964, pp. 691-692; BOOK, *Leasing in der Bundesrepublik Deutschland*, en Hagenmüller, *Leasing-Handbuch*, Frankfurt, 1973, p. 86; FINK, *Equipment-Leasing in Bilanz und Steuer*, en Hagenmüller, *Leasing-Handbuch*, Frankfurt, 1973, p. 221; FLUME, *Das Rechtsverhältnis des Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Düsseldorf, 1972, pp. 15 ss., y en Der Bertieb, 1972, pp. 3 ss.; PUTZO, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, parágrafo 535, 4; KRAUSE, *Die zivilrechtlichen Grundlagen der Leasing Verfahrens*, Köln, 1967, p. 80; en igual sentido se pronuncian numerosas sentencias de los Tribunales alemanes que son citadas por estos autores. En el Derecho italiano piensa de esta manera: TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, Milan, 1973, II, p. 295; RUOZI, *Il leasing*, Milán, 1971, pp. 23-26; FOSSATI, *Il leasing. Moderna tecnica di finanziamento alle imprese*, Milán, 1972, pp. 44-47; BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Profili privatistici e tributaria*, Milán, 1975, pp. 86 ss.; en igual sentido, diversas sentencias de los Tribunales italianos citadas por estos autores. En nuestro Derecho son de esta opinión: SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*. Tomo IV, Madrid, 1975, p. 167; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, tomo XX-1, Madrid, 1980, pp. 78-79; LACRUZ, *Manual de Derecho civil*, Barcelona, 1979, p. 700; ILLESCAS, *El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, pp. 99 y 100; equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, pp. 95-96; MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, pp. 72 y 73; VIDAL BLANCO, *El leasing...*, pp. 149-150; GUTIÉRREZ VIGUERA, *El leasing...*, p. 94; LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 305; GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, vol. 2.º, Madrid, 1980, p. 98. En nuestra jurisprudencia sólo existe la citada Sentencia de 28 de marzo de 1978, que, como hemos visto, aplica la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, debido a la preferencia en casación del criterio interpretativo del Tribunal de instancia.

la opción de compra. Entendemos que la presencia de un derecho de opción de compra en favor del usuario, que no es consustancial *leasing* financiero (33), no excluye que éste sea esencialmente un arrendamiento de cosas, pues ya es conocida desde el Derecho romano la posibilidad de pactar un arrendamiento con semejante opción de compra; estamos en presencia de una actualización moderna de dicha figura contractual compleja. Además, si una vez ejercitada la opción de compra es problemático afirmar que el *leasing* financiero cumple una finalidad económica similar a la de la venta a plazos, con mayor razón hay que afirmarlo cuando el usuario se encuentra meramente utilizando los bienes, pues no puede saberse a ciencia cierta si va a ejercitar el derecho de opción de compra al vencer el plazo de vigencia del con-

(33) Ya hemos expuesto en este ANUARIO (*El leasing financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978*, 1978, fasc. 3.º, 1980, p. 763) que nada indica que la opción de compra en favor del usuario sea consustancial al contrato de *leasing* financiero, por lo que es factible que no conste en el mismo o que incluso tenga carácter bilateral, es decir, sea una opción de compra y venta, que pueda ser ejercitada por la sociedad de *leasing* y el usuario, si bien es muy infrecuente que se acuerde una opción bilateral. El Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 (artículo 19) y el Real Decreto de 31 de julio de 1980 (artículo 2) se refieren a la opción de compra. Pensamos que hay que entenderla como un requisito necesario para la aplicación de estas disposiciones legales. Por eso, el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 comienza diciendo que «a los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero...». Por consiguiente, es admisible un *leasing* o arrendamiento financiero de muebles o inmuebles, aunque no exista un derecho de opción de compra en favor del usuario. Un problema semejante se plantea en el Derecho francés. El artículo 1 de la Ley de 2 de julio de 1966 establece el carácter obligatorio de la opción de compra en favor del usuario. COLLOT (*Initiation...*, pp. 172-173) pone de relieve que algunas sociedades de *leasing* no establecen en sus condiciones generales el derecho de opción de compra en favor del usuario. Frecuentemente, se contentan con mencionar la posibilidad del usuario de adquirir el material al final del contrato, fijándose el precio en amigable acuerdo. En esta hipótesis no puede hablarse de un compromiso jurídico, al haberse reservado las partes la discusión del precio en caso de compra. A veces, incluso, no se hace ninguna alusión a esta posibilidad de compra, con la preocupación de evitar toda tentativa de asimilación a un contrato de venta a plazos. En tal caso, COLLOT da a entender que es perfectamente lícito el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario, aunque no se haya establecido un derecho de opción de compra. Sucederá simplemente que no se aplicará el régimen jurídico configurado por la citada ley, que favorece fiscalmente a las partes. Pensamos que debe acogerse una solución análoga en nuestro Derecho. Con anterioridad a la publicación de las tan citadas disposiciones legales, se afirmó en nuestra doctrina que la opción de compra es una característica típica del *leasing* financiero, aunque no esencial (*cf.*, MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 108, nota 63). No hay razón para pensar que las mismas prohiban esta práctica negocial; simplemente no se aplicarán al negocio celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario. Debemos precisar, sin embargo, que en la inmensa mayoría de los contratos de *leasing* financiero que se celebren en nuestro país figurará un derecho de opción de compra en favor del usuario, debido fundamentalmente al beneficioso régimen fiscal que establecen los Decretos referidos. Así lo afirma también la doctrina y la jurisprudencia alemanas (*Cf.* KUMMER, en SOERGEL, BGB, tomo 3.º, parágrafo 535, Stuttgart, 1980, p. 64).

trato. Como dice el equipo formado por Iglesias Prada, bajo la dirección de Menéndez (34), es bastante frecuente que el usuario no ejercite el derecho de opción de compra y devuelva los bienes a la sociedad de *leasing*.

El hecho de que a través del *leasing* se cumpla una finalidad financiera (35) simplemente determina que tenga el carácter de arrendamiento especial, pues la misma se superpone a la causa del contrato: la cesión onerosa del uso y disfrute de bienes durante el plazo estipulado. La circunstancia de que el mismo esté precedido normalmente por la compraventa celebrada por el suministrador de los bienes y la sociedad de *leasing* (36), tampoco hace desaparecer el carácter esencialmente arrendaticio del contrato. Cada uno de estos contratos tiene causa propia, derivando las posibles relaciones del suministrador de los bienes y del usuario de cláusulas específicas, que no desvirtúan que el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario sea un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. Así, por ejemplo, es típico en el *leasing* financiero que exista una cláusula que concede al usuario la facultad de dirigirse directamente contra el suministrador cuando los bienes recibidos presentan vicios ocultos (37). Esto constituye, a nuestro entender, una subrogación convencional (artículo 1.212 del Código civil) del usuario en el ejercicio de la acción de saneamiento que corresponde al comprador de los bienes (la sociedad de *leasing*) (38). No parece admisible entender que esta cláusula

(34) Equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, pp. 95-96.

(35) El *leasing* es un medio de financiación que pretende dar respuesta a las crecientes demandas de capital en la industria y el comercio y, de modo particular, cumple esta función respecto de la pequeña y mediana empresa que no tienen fácil acceso a la financiación mediante la colocación de títulos en el mercado (*cfr.*, equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, pp. 94-95).

(36) Estamos en presencia de una compraventa mercantil, porque la opción de compra, que suele aparecer en los contratos de *leasing* financiero, presupone la posibilidad de la reventa con ánimo de lucro. Todo ello, como dicen SAGRERA y MARTORELL (*Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing...*, pp. 563-564), en virtud de una interpretación extensiva del artículo 325 del Código de comercio.

(37) Más adelante nos referimos ampliamente a esta cláusula de las condiciones generales del *leasing* financiero.

(38) En el Derecho francés existe un gran debate en torno a la determinación de la figura que justifica que el usuario pueda dirigirse directamente (acción directa) contra el suministrador de los bienes, cuando los bienes presentan vicios ocultos. Como ha expuesto ampliamente HARICHAUX-RAMU (*Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1978, pp. 209-267), se han formulado múltiples tesis: subrogación convencional, delegación, cesión de créditos, estipulación por otro y mandato. De todas ellas no cabe duda que la primera es la más acertada, por ser la que mejor se acomoda a la finalidad práctica perseguida por las partes. Las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero suelen conceptualizar de esta manera a la actuación del usuario contra el suministrador de los bienes. Seguramente por ser el procedimiento más sencillo para alcanzar la finalidad perseguida por la sociedad de *leasing* y el usuario.

la desvirtúa la naturaleza arrendaticia de la relación que surge entre la sociedad de *leasing* y el usuario, pues con ello no se afecta en modo alguno a la causa que caracteriza el arrendamiento de cosas.

Se dice que algunas cláusulas típicas del *leasing* financiero no se armonizan con la esencia del contrato de arrendamiento de cosas, disciplinado por nuestro Código civil (artículos 1.542-1.582). Es incompatible con la naturaleza de este contrato que el usuario asuma el conjunto de los riesgos, cargas y responsabilidades que se relacionen con los bienes entregados en *leasing* financiero. Sin perjuicio de que más adelante analizaremos con amplitud el significado de estas cláusulas, debemos decir ahora que la circunstancia de que la sociedad de *leasing* se exonere de responsabilidades, si los bienes entregados al usuario presentan vicios ocultos, no está en contradicción con la disciplina legal del arrendamiento de cosas. El artículo 1.553 del Código civil, al remitirse a las disposiciones sobre el saneamiento contenidas en el título de la compraventa, prevé esta posibilidad. La cláusula que establece que la falta de pago puntual de alguna de las mensualidades determina que la sociedad de *leasing* financiero puede resolver el contrato y exigir el pago de una parte importante de las mensualidades no vencidas, no afecta al carácter arrendaticio del *leasing* financiero. Estamos en presencia de una cláusula resolutoria expresa que tiene su justificación en un incumplimiento contractual, y de una cláusula penal que sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en el supuesto de falta de cumplimiento (*cf.* artículo 1.152 del Código civil). El problema reside en que la suma fijada como pena convencional suele ser muy elevada. Se cuestiona si el juez puede modificar equitativamente la pena impuesta al usuario. Sobre el mismo, tratamos ampliamente en otro epígrafe. La cláusula que más problemas plantea, partiendo de que el *leasing* financiero tiene naturaleza arrendaticia, es la que determina que el usuario debe soportar todo tipo de riesgos. Aunque los bienes parezcan por caso fortuito o fuerza mayor, el usuario está obligado a pagar a la sociedad de *leasing* la totalidad de las mensualidades no vencidas. Sin embargo, si los bienes perecen por esta causa, se produce la extinción del contrato de arrendamiento (artículo 1.568 del Código civil). Si esto es así, ¿cómo puede explicarse que, en tal caso, esté obligado el usuario a pagar a la sociedad de *leasing* la totalidad de las mensualidades no vencidas? Se dice que esta cláusula sólo tiene explicación si se entiende que el usuario es el propietario de los bienes (*res perit domino*), o si se afirma que el *leasing* es un contrato *sui generis*. Cuando se afirma esto, no se tiene en cuenta que, como ha afirmado Vihadal Blanco (39), la validez de la citada cláusula se justifica en la suscripción de un seguro de los bienes, que al hacerse a nombre de la sociedad de *leasing* como beneficiario, permite la reposición inmediata de los bienes en cuestión, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago de un arrendamiento que no tuviese la contrapartida del uso de los bienes arrendados. Lo que no puede justificarse es que el usuario no pueda resolver el contrato de *leasing* financiero, si el suministro

(39) VIDAL BLANCO, *El leasing...*, p. 119.

trador no le entrega los bienes o se demora gravemente en la entrega, y que además deba pagar a la sociedad de *leasing* las mensualidades establecidas. Desde luego, esta cláusula no se acomoda al contrato de arrendamiento, porque la justificación del pago de renta se encuentra en el goce de los bienes. Existe un contrato de arrendamiento; lo que pasa es que la sociedad de *leasing* (arrendador) ha incumplido la obligación de entrega de los bienes al usuario (arrendatario). La exigencia del pago del precio, aunque no se entreguen los bienes, es tan difícil de justificar en el arrendamiento como en la compraventa. Esta cláusula no implica que el *leasing* financiero no sea básicamente un arrendamiento de cosas, sino que es de dudosa justificación. Más adelante intentamos, con mayor amplitud, demostrar lo que acabamos de señalar.

Finalmente, queremos decir que, en el plano legislativo, el artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, relativo al *leasing* de bienes muebles, y los artículos 1 y 2 del Real Decreto de 31 de julio de 1980, relativo al *leasing* de bienes inmuebles, se refieren a las empresas de *arrendamiento* financiero, al que definen como arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. También es interesante resaltar que el artículo 21 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 dispone que «a efectos de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, los bienes objeto de operaciones de arrendamiento financiero que cumplan lo dispuesto en la presente disposición, no se considerarán incluidos en el artículo 1.º del Decreto 1.193/1966 de 12 de mayo». En el panorama del Derecho comparado, la ley francesa de 2 de julio de 1966 (40) se refiere al *crédit-bail*, y en Bélgica, el Decreto Real de 10 de noviembre de 1967 (41) organiza el estatuto jurídico de las empresas que practican la *location-financement*. En Italia, el Proyecto de ley de 25 de julio de 1979 (42) se inspira claramente en la normativa francesa. Se refiere a la *locazione finanziaria*. La Ley de 2 de mayo de 1976 (43) disciplina la práctica del *leasing* financiero en el Mezzogiorno italiano, definiéndolo como un arrendamiento con opción de compra en favor del usuario. En Alemania Federal, los Decretos del Ministerio de Economía y Finanzas de 19 de abril de 1971 (44) y 23 de marzo de 1972 (45), de marcado carácter fiscal, que se refieren, respectivamente, al *leasing* de bienes inmuebles (*Möblien-Leasing-Erlass*) y al *leasing* de bienes inmuebles (*Immobilien-Leasing-Erlass*), establecen que el *leasing* financiero es un arrendamiento, aunque en determinados casos hay que entender, a efectos fiscales, que el usuario (*leasingnehmer*) es el propietario económico de los bienes (46).

(40) *Journal Officiel*, 3 de julio de 1966.

(41) *Moniteur belge*, 24 de noviembre de 1967.

(42) *Gazzette Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 276, 1968, p. 6475.

(43) *Gazzette Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 121, 1976, p. 3483.

(44) *Der Betriebs-Berater*, 1971, pp. 506-507. También en REICH, *Leasing*, en GITTER, *Vertragschuldverhältnisse*, München, 1974, pp. 63 y 64.

(45) *Der Betriebs-Berater*, 1972, pp. 433-434. También en REICH, *Leasing...*, pp. 84-85.

(46) Anteriormente señalamos los casos en que el usuario es el propietario económico de los bienes, de acuerdo con los Decretos señalamos.

La solución que defendemos, claramente dominante en nuestro Derecho y, en general, en el Derecho comparado, determina que debe aplicarse supletoriamente la normativa del Código civil sobre el arrendamiento de cosas. También, como vamos a ver más adelante, esta normativa legal debe ser tenida en cuenta a la hora de enjuiciar las cláusulas de las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero.

4. *El «leasing» de bienes inmuebles y la Ley de Arrendamientos Urbanos.*—Debemos destacar que la calificación jurídica propugnada motiva que se deba plantear un interesante problema jurídico. En relación con el *leasing* o arrendamiento financiero de inmuebles, es necesario formular la siguiente pregunta: ¿Debe aplicarse la legislación especial de arrendamientos urbanos? Debido a la naturaleza eminentemente financiera del *leasing*, el objeto del mismo sólo puede estar constituido por inmuebles industriales o comerciales. Así lo señala el artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, que excluye de su aplicación al arrendamiento de viviendas (47). Parece, pues, indudable que el objeto del *leasing* o arrendamiento de inmuebles está constituido por locales de negocio, a los que se refiere la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964. Según el artículo 1.º de esta ley especial, el local de negocio es una edificación habitable cuyo destino primordial no es la vivienda, sino el de ejercitarse en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o enseñanza. Las características del local de negocio establecidas por el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos coinciden sustancialmente con las determinadas por el Real Decreto de 31 de julio de 1980 para configurar el objeto del arrendamiento financiero de inmuebles.

La cuestión fundamental que ha de plantearse consiste en determinar si el arrendamiento, a pesar de tener por objeto un local de negocio, está excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debido a las cláusulas que aparecen en los negocios de *leasing* financiero; principalmente, el derecho de opción de compra en favor del usuario (48). A pesar de tener por objeto un

(47) En cambio, MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, p. 131) ha admitido el *leasing* de viviendas.

(48) Es interesante destacar que en Francia y Bélgica se plantea un problema similar, porque existe una legislación especial en materia de arrendamientos comerciales. En el Derecho belga, numerosos contratos de *leasing* de inmuebles se han basado en la enfiteusis, a fin de evitar el riesgo de que este contrato quede sometido a la legislación especial sobre arrendamientos comerciales (AEBY, *La location financement d'immeubles (leasing)*, Bruxelles, 1971, p. 21). En el Derecho francés, se aprecia un gran debate en torno a la solución de este problema. Un sector doctrinal ha afirmado que el *leasing* de inmuebles está sometido a la legislación de arrendamientos comerciales de 1953, porque ésta se aplica a los arrendamientos de inmuebles industriales o comerciales (cfr., COLLOT, *Initiation...*, p. 261; SOLAL, *L'application du statut des baux commerciaux aux contrats de crédit-bail immobilier*, en *L'actualité juridique de la propriété immobilière*, 1974, pp. 97-98). En contra de esta solución, se han pronunciado otros autores (BEY, *Nota a la sentencia de la Corte de París de 24 de febrero de 1978*, en *Juris Classeur Périodi-*

local de negocio, algunos autores (49) se muestran contrarios a la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos al *leasing* de inmuebles. Se afirma que el conceptuar al *leasing* de inmuebles como un arrendamiento sometido a esta ley especial no determina ventajas para la sociedad de financiación al estar sujeto dicho arrendamiento a la prórroga forzosa como encuadrado en el número 1 del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni, en suma, para el propio comerciante (el usuario) que debe pagar incluso un precio superior al que abonaría por el arrendamiento concertado directamente con el suministrador del inmueble. Si en las relaciones entre la sociedad de *leasing* y el suministrador del inmueble puede existir una compraventa o un contrato análogo, no cabe afirmar que entre aquélla y el usuario pueda decirse que se da un arrendamiento protegido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino una figura compleja, o, si se quiere, un «arrendamiento complejo», por celebrarse el contrato y calcularse el precio en relación a la duración económica del inmueble o tiempo que se calcula de posible explotación, y existir una opción de compra a favor del mismo. Arrendamiento que haría inaplicable el principio de la prórroga forzosa, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A nuestro juicio, es indudable que estamos ante un arrendamiento de local de negocio, por lo que, en principio, parece clara la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 de esta ley especial. Únicamente no se aplicará la Ley de Arrendamientos Urbanos si se arrienda una unidad patrimonial con vida propia, es decir, si estamos ante un arrendamiento de industria que, según el artículo 3 de la misma, está excluida de su ámbito de aplicación. Sin embargo, los autores que hemos citado, alegan una serie de argumentos para impedir la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos al *leasing* financiero, que tiene por objeto un local de negocio. Estimamos que estos argumentos pueden ser rebatidos con cierta facilidad. El carácter complejo del arrendamiento financiero (*leasing*) de inmuebles se explica por el hecho de existir un derecho de opción de compra en favor del usuario. Ciertamente, es muy discutible excluir la aplicación de la tan citada ley especial por haberse insertado en el contrato un derecho de opción de compra. Gullón (50) plantea bien

que, 1978, II, 18934; CALÓN, *Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux*, en *Juris Classeur Périodique*, 1977, I, 2842), poniendo de relieve que con su aplicación se crearía un desequilibrio, que es jurídicamente inútil y económicamente muy negativo. La aplicación de la legislación de arrendamientos comerciales podría determinar la desaparición de este modo de financiación, cuya importancia económica es reconocida y afirmada. En la jurisprudencia se observan decisiones opuestas. Una amplia referencia en los trabajos que acabamos de mencionar.

(49) FUENTES LOJO, *Posibilidades del «leasing» inmobiliario en España*, en *Revista de Administración Rústica y Urbana*, núm. 7, marzo-junio, 1972, página 32; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute...*, p. 43; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XX-1, Madrid, 1980, p. 76.

(50) GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, 1972, p. 127.

el problema, cuando formula las siguientes preguntas: ¿El contrato de arrendamiento queda convertido en complejo por la inserción en el mismo de la opción de compra que se concede al arrendatario? ¿Hay una mera unión de contratos o el nacimiento de un único contrato no sometido a los preceptos de la ley especial? Aunque existen sentencias del Tribunal Supremo que excluyen automáticamente la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos cuando se agrega una opción de compra al arrendamiento (51), con mejor criterio la mayor parte de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo consideran el pacto de opción de compra como una modalidad independiente de la del arrendamiento, es decir, como dos figuras distintas, aunque entrelazadas. En este sentido se pronuncian las Sentencias de 5 de junio de 1951 (52), 17 de mayo de 1954 (53) y 21 de febrero de 1963 (54).

A nuestro entender, tienen razón Rodríguez Aguilera y Pere Raluy (55) cuando dicen que no debe estimarse excluido del ámbito de la legislación especial el arrendamiento cuya única complejidad se limite a la adición a sus condiciones normales de determinada facultad concreta concedida al arrendatario, como por ejemplo el derecho de opción. Lo normal será pensar en una yuxtaposición de figuras, una de ellas (la opción) subordinada a la principal (el arrendamiento). La opción de compra no desnaturaliza, por tanto, el arrendamiento, de tal manera que motive la inaplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si la opción de compra no es ejercitada por el arrendatario en el plazo fijado, nada impide que se mantenga el arrendamiento, de acuerdo con el principio de la prórroga forzosa. Para Porcioles (56), la opción no convierte al arrendamiento en complejo, tanto en razón a que la opción sólo implica una facultad potestativa en el arrendatario —optante—, sino en consideración a que la opción, como todo contrato de formación sucesiva, tiende a crear una futura situación jurídica, sin afectar la sustancia de la relación preexistente. Con el ejercicio de la opción se extinguirá, ciertamente, la relación jurídica arrendaticia, pero mientras subsiste, sus efectos serán los propios de toda relación locativa.

Estimamos, en definitiva, que la solución contraria a la propugnada es peligrosa, pues puede conducir a excluir de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos contratos que por sus características encajan perfectamente en su campo de aplicación. No podemos defender una solución que facilita la inaplicación fraudulenta de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(51) La Sentencia de 7 de enero de 1948 afirma que el arrendamiento con opción de compra tiene carácter complejo, y, por tanto, ha de ser excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (*Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, número 7).

(52) En *Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, núm. 8.

(53) En *Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, núm. 202.

(54) En *Jurisprudencia Civil, Edición Oficial*, núm. 174.

(55) RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY, *Derecho de Arrendamientos Urbanos*, I, Barcelona, 1965, pp. 163 ss.

(56) PORCIOLES, *Arrendamientos complejos*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, p. 925, nota 14.

5. *Los casos en que se oculta, bajo la forma negocial del «leasing» financiero, una venta.*—El hecho de que defendamos la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero, no significa que desconozcamos la posibilidad, señalada por autores que defienden una solución similar a la nuestra, de que bajo la forma negocial del *leasing* financiero se oculte una auténtica venta (57). En este caso, sin importar la denominación de las partes, se aplicará la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de julio de 1965, si el *leasing* financiero es de bienes muebles, y la normativa del Código civil sobre el contrato de compraventa, si el *leasing* financiero es de bienes inmuebles. Naturalmente, tampoco serán aplicables el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y el Real Decreto de 31 de julio de 1980, porque ambas disposiciones legales exigen la presencia de un arrendamiento y de un derecho de opción de compra en favor del usuario. La sociedad de *leasing* no podrá beneficiarse del régimen fiscal que establecen estas disposiciones legales.

La conclusión expuesta se basa en que el Derecho español refuerza la eficacia de las leyes frente a las artimañas de los leguleyos (artículo 6, 2 del Título Preliminar del Código civil), regula el contrato valorando al máximo el significado de la causa (artículos 1.261, 1.274-1.276) y reduciendo al mínimo las exigencias formales (artículos 1.278, 1.279). Conforme a ello, la doctrina interpreta las leyes de acuerdo con su finalidad práctica (interpretación teleológica), y la calificación jurídica de los actos se hará en atención a su significación real, sea la que fuere la denominación con las que se les presenten, el disfraz bajo el que se les oculte o los procedimientos o rodeos empleados. La condena al fraude es por ello general y realista (58).

La figura del negocio indirecto, que podría alegarse para justificar la calificación deseada por las sociedades de *leasing*, no sirve para esquivar la aplicación de las normas imperativas (en nuestro caso, la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles). Se ha dicho acertadamente (59) que el sistema jurídico español, con su concepción espiritualista, basando en la causa la eficacia del negocio jurídico, no puede admitir el procedimiento de evasión a gran escala que supone la figura del negocio indirecto. Las reglas imperativas se consideran destinadas a favorecer lo que se entiende por mejor organización social y no se pueden interpretar como establecimiento de caprichosas estructuras formales o como restos de anacrónicos formalismos. La persecución del fraude se ha centrado en nuestro Derecho, precisamente en el reconocimiento del carácter sustantivo de las normas imperativas en general, y en la necesidad de mantener su vigencia frente a las siempre nuevas invenciones imaginadas para esquivar su aplicación. La jurisprudencia en todo caso y en recientes ocasiones las leyes, han creído conveniente expresar que dichas normas imperativas son aplicables a los actos y

(57) Cfr., SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, p. 171; MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, pp. 72-74; COILLOT, *Initiation...*, pp. 145-147; KUMMER, en SOERGEL.... p. 65.

(58) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 372.

(59) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 456.

contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se proponen conseguir los mismos fines económicos. El artículo 2 de la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos es un claro ejemplo de lo afirmado por el profesor De Castro.

De esta manera se plantea el importante problema jurídico de precisar los casos en que realmente las partes no han celebrado un arrendamiento o *leasing* financiero, sino una auténtica venta a plazos. Pensamos que esto sucede en tres casos: 1) Es muy problemático entender que existe un arrendamiento con opción de compra, si el plazo de vigencia del arrendamiento coincide con la duración de la vida económica de los bienes, de tal suerte que cuando el mismo vence éstos carecen prácticamente de valor, y el precio de la opción de compra, determinado en el momento de la celebración del contrato de *leasing* financiero, es insignificante o simbólico. Incluso Rubino, que es uno de los grandes defensores del negocio indirecto (60), entiende que respecto a la venta es necesario «un precio real», excluyendo la validez de la venta «nummo uno», pues ello sería ofensivo para el Derecho (61). Con sentido crítico, De Castro (62) puntualiza que no es concebible que en la escritura de venta de una finca (o de cualquier bien, pensamos nosotros) se diga que se vende por una peseta. Es verdad que la redacción del documento en que se plasme el negocio indirecto, ha podido dejar indicios de esta naturaleza; pero, no porque la venta simulada deje entrever el negocio disimulado podrá decirse que se hizo a la luz del sol y no hubo ocultación. En igual sentido, Díez-Picazo y Gullón (63). Por todo lo dicho, pensamos que cuando la opción es ejercitable, el precio de los bienes ha sido prácticamente pagado. El precio de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, porque el valor económico de los bienes ha encontrado compensación en los pagos precedentes (63 bis). Tenemos con-

(60) Según RUBINO (*El negocio jurídico indirecto*, trad. de RODRÍGUEZ ARIAS, Madrid, 1953, p. 186), es fundamental el recurso al negocio indirecto y a la construcción en sentido técnico.

(61) RUBINO, *El negocio jurídico indirecto...*, p. 63, nota 45.

(62) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 447.

(63) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1979, página 638.

(63 bis) En este caso, existe una importante dirección doctrinal y jurisprudencial, que incluso se ha plasmado en textos legales, que afirma que el negocio celebrado es una auténtica venta a plazos o, al menos, que en el plano fiscal el usuario es el propietario económico de los bienes. En el Derecho alemán, el *Bundesfinanzhof*, en Sentencia de 26 de enero de 1970 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pp. 1148-1151), 1 de octubre de 1970 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pp. 1151-1152) y 18 de noviembre de 1970 (*Der Betriebs-Berater*, 1971, pp. 424-426), ha declarado que, en este caso, el usuario es el propietario económico de los bienes. En igual sentido, los Decretos del Ministerio de Economía y Finanzas de 19 de abril de 1971 (*Mobilien-Leasing-Erlass*) y 21 de marzo de 1972 (*Immobilien-Leasing-Erlass*). Son numerosas las sentencias de los Tribunales alemanes que aplican la *Abzahlungsgesetz* en este caso. En igual sentido, numerosos autores alemanes (véase la nota 28 de este estudio). En el Derecho francés, COLLOT (*Initiation...*, pp. 145-147) afirma que existe una venta disfrazada si, teniendo en cuenta el precio muy bajo de la ocupación de compra, el usuario sólo tiene como salida razonable ejer-

ciencia de que este punto de vista determina que una gran parte de los negocios de *leasing* financiero de bienes muebles que se celebran en nuestro país están más cerca de la venta a plazos que del arrendamiento con opción de compra; pero, como hemos apuntado, no podemos admitir que el esquema del arrendamiento con opción de compra sirva para obtener los resultados propios de la venta a plazos. Si admitiésemos esto, privaríamos de sentido a la causa, elemento esencial del negocio jurídico. Hay que tener en cuenta que el sistema jurídico español se basa en el control de las causas —típicas y atípicas— para determinar la validez del negocio y, según la naturaleza de la causa, la diferente eficacia de cada negocio (valor relativo de los derechos y obligaciones resultante) (64). Sin embargo, no puede afirmarse, con carácter general, que el *leasing* financiero de bienes muebles esté sujeto a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, como ha entendido nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1978 (65), de acuerdo con el criterio de la Audiencia, porque siempre hay que tener en cuenta que, como señala Gutiérrez Viguera (66), el precio de la opción de compra se fija de una manera subjetiva y responde a la conveniencia de los contratantes. Nos parece interesante señalar que en Alemania Federal, debido a la doctrina del *Bundesfinanzhof* y sobre todo a la publicación de los referidos Decretos de 19 de abril de 1971 y 21 de marzo de 1972, que en el caso señalado califican al usuario como propietario económico de los bienes, diversas sociedades de *leasing* alemanas no establecen un precio insignificante o nominal para el ejercicio del derecho de opción de compra y, además, tratan de que no se produzca la amortización íntegra de los bienes durante el período irrevocable de *leasing* (*Restwertmodell* o *Tellamortisationsvertrag*).

En nuestro Derecho no existen disposiciones fiscales como las que existen en el Derecho alemán; pero, al exigirse la existencia de un arrendamiento con derecho de opción de compra, puede llegarse a una situación semejante. Si el precio fijado para el ejercicio del derecho

citarla, y CALÓN (*La location de biens d'équipements ou leasing*, en Recueil Dalloz Sirey, Chronique, 1965, p. 99), pone de relieve que en Francia diversas sociedades de *leasing*, ante el peligro de que la operación sea calificada por los Tribunales como venta disfrazada, establecen un precio de opción de compra que no es insignificante. En el Derecho belga destaca la sentencia del Tribunal de Apelación de Gand, de 27 de junio de 1966 (*Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1967, pp. 269 ss., con nota de VINCENT y DEHAN). En el Derecho italiano, son sumamente expresivas las opiniones de MIRABELLI (*Il leasing...*, pp. 245-256) y DE NOVA (*Contratto di leasing...*, pp. 344-346). En el Derecho suizo destacan las sentencias del Tribunal de Vaud, de 16 de mayo de 1974, y del Tribunal de Freiburg, de 12 de marzo de 1974, y la opinión de STAUDER, *Le contrat de finance-equipement...*, pp. 32 ss. Finalmente, en el Derecho norteamericano, teniendo en cuenta el párrafo 1-201 (37) del *Uniform Commercial Code*, se ha desarrollado una jurisprudencia abundante que ha calificado el negocio como venta si el precio de la opción de compra es nominal o simbólico (cfr. FERRANINI, *Esperienze straniere in tema de locazione finanziaria*, en *Il leasing. Prolifi privati e tributari*, Milán, 1975, pp. 211 ss.).

(64) DE CASTRO, *El negocio...*, p. 450.

(65) Sobre esta sentencia, véase nuestro comentario en este ANUARIO, 1980, fasc. III, pp. 759-785.

(66) GUTIÉRREZ VIGUERA, *El «leasing»...*, p. 94.

de opción de compra es puramente nominal o simbólico, se aplica la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de 17 de julio de 1965 («B. O. E.», de 21 de julio de 1965) (*leasing* de bienes muebles) o la normativa del Código civil sobre el contrato de compraventa (*leasing* de bienes inmuebles), con la consiguiente aplicación del régimen fiscal que determina esta calificación jurídica.

En el marco del *leasing* de bienes inmuebles, existe una peculiaridad importante: a diferencia de los bienes de equipo, los inmuebles están sujetos a una plusvalía continua. Coillot (67) lo ha explicado con notable claridad, diciendo que las construcciones industriales se realizan siempre cerca de las ciudades, reservas de mano de obra. Con los fenómenos modernos de crecimiento de la urbanización y de la demografía, las barriadas industriales tienden insensiblemente a desaparecer en provecho de nuevos islotes de habitación, para transformarse seguidamente en nuevas áreas muy alejadas del centro urbano. Esta constante mutación lleva consigo una plusvalía, lenta, pero firme, para el terreno industrial que se convierte así en terreno para la edificación. Por otra parte, conserva siempre, por lo menos, el valor que le confieren las posibilidades agrarias. El terreno industrial puede igualmente beneficiarse de factores nuevos, favoreciendo al que se implanta: instalación de vías de comunicación, autopistas, canales, desarrollo de puertos, que faciliten la llegada de materias primas y la salida de los productos terminados, inmigración masiva. La especulación sobre el valor del terreno está, pues, siempre presente en el ámbito inmobiliario, llevando consigo una especulación sobre el valor de las construcciones que se edifiquen sobre él. También hay que tener en cuenta que los inmuebles industriales y comerciales tienen normalmente una vida mucho más dilatada que la de un equipo industrial. Además, la especialización de los inmuebles industriales y comerciales es menos fuerte que la de los bienes de equipo. No juega de igual manera la innovación tecnológica, que es mucho más acusada en éstos.

Las circunstancias descritas motivan que el *leasing* de inmuebles presente importantes peculiaridades en relación con el *leasing* de muebles. A diferencia de lo que suele suceder en éste, en el *leasing* de inmuebles el valor residual del conjunto terreno-construcción suele ser superior al que éste tenía en el momento de la celebración del contrato. Por ello, Coillot (68) ha afirmado que el *leasing* de bienes muebles el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles la propiedad siempre vence al uso. Esto significa que la utilización prolongada de los bienes muebles (normalmente, bienes de equipo) por el usuario suele determinar que éstos dejen de tener prácticamente valor, debido a su rápido desgaste con el uso y la fuerte incidencia de las innovaciones tecnológicas. En cambio, la utilización prolongada de los bienes inmuebles no determina necesariamente su depreciación, ya que el terreno suele aumentar de valor con el paso del tiempo, como ya hemos apuntado.

(67) COILLOT, *Initiation...*, pp. 207-210.

(68) COILLOT, *Initiation...*, p. 245.

En el marco del *leasing* de inmuebles, estamos aún más claramente ante la venta que ante el arrendamiento con opción de compra, cuando el valor de los inmuebles es elevado en el momento en que el usuario puede ejercitar la opción de compra, y el precio fijado para el ejercicio de ésta es nominal o simbólico. No puede desconocerse que, en este caso, la sociedad de *leasing* acepta que el precio para el ejercicio de la opción de compra sea nominal o simbólico, porque el usuario ha debido pagarle unos pagos periódicos muy elevados, que cubren el valor económico real de los inmuebles y prácticamente la totalidad del beneficio económico que desea obtener la sociedad de *leasing* con este negocio.

2.º) Cuando la renta fijada en el momento de la celebración del contrato de *leasing* financiero, contemplado el supuesto de su prolongación al vencer el período irrevocable de arrendamiento, es insignificante. En este caso militan las razones apuntadas en el anterior para afirmar que estamos en presencia de una venta disfrazada (69).

3.º) Cuando el usuario adquiere automáticamente la propiedad de los bienes con el abono del último pago parcial. Nadie duda de que la causa de este negocio es idéntica a la de la venta a plazos.

III. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL «LEASING» FINANCIERO

1. *El control de las condiciones generales de los contratos.*—Una vez que hemos precisado la naturaleza del *leasing* financiero, podemos examinar críticamente las cláusulas de las condiciones generales del *leasing* que plantean mayores problemas de licitud. Giovanoli se ha dado cuenta de esta circunstancia cuando dice que, con la tesis del arrendamiento, son insólitas e incomprensibles algunas de las cláusulas que aparecen en los contratos de *leasing* financiero. Estima que su tesis es útil para justificarlas; no se aprecia ninguna ilicitud en que el usuario soporte el conjunto de las cargas y los riesgos y la sociedad de *leasing* se exonere de todo tipo de responsabilidades, si se considera al *leasing* financiero como préstamo acompañado de venta en garantía (70). Su punto de vista no nos parece convincente, por diversas razones que vamos a exponer en este epígrafe.

Antes de examinar críticamente las cláusulas de condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero que plantean más problemas (las que liberan a la sociedad de *leasing* de todo tipo de responsabilidades y determinan que el usuario soporte los riesgos y las cargas), consideramos imprescindible exponer brevemente nuestro punto de vista sobre el importante problema del control de las cláusulas de las condiciones generales de los contratos. La solución que adoptemos

(69) Así lo han señalado los autores y sentencias citados en la nota 54 de este estudio. Los Decretos alemanes de 19 de abril de 1971 y 23 de marzo de 1972 precisan que en este caso también el usuario es el propietario económico de los bienes a efectos fiscales.

(70) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, p. 399.

será decisiva para el enjuiciamiento de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero.

Un sector doctrinal se ha basado tan sólo en el puro derecho imperativo y en el orden público para enjuiciar las cláusulas de las condiciones generales de los contratos. En nuestra doctrina, García Amigo puede considerarse como el principal representante de esta opinión. Este autor (71) piensa que el Derecho dispositivo no ofrece remedio para impedir las injusticias y evitar los posibles abusos a que puede dar lugar la utilización de las condiciones generales en la contratación. Y no se diga —afirma— que la regulación emanada de la voluntad contractual puede ser en algún caso concreto inequitativa, o, si se quiere, lesiva de los intereses de una de las partes contratantes en beneficio de otra; evidentemente, puede ocurrir esto, pero no es menos evidente que con arreglo al ordenamiento positivo español la lesión —en cuanto figura técnico jurídica que puede dar lugar a la rescisión del contrato por falta de equidad de las prestaciones— no se admite en general, sino tan sólo en unos casos muy concretos y específicos, con carácter excepcional (artículo 1.293 del Código civil y 346 del Código de comercio).

Según García Amigo (70), la buena fe no puede operar como límite la validez de las cláusulas de las condiciones generales, porque en ninguno de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico privado se prevé la posibilidad de dar relevancia jurídica al principio de la buena fe para limitar por invalidez las cláusulas de las condiciones generales, que hayan sido objeto de un consentimiento contractual perfectamente formado desde el punto de vista estructural; ni, por consiguiente, puede aplicarse para limitar la validez de las condiciones generales del contrato cuando el consentimiento de las partes sea perfecto en el contrato de adhesión.

Carece de lógica, según este autor (73), tener en cuenta las buenas costumbres, al menos en nuestro ordenamiento jurídico. Son una barrera de la autonomía de la voluntad que se manifiesta en el momento de la eficacia normativa del negocio, no en el de su perfección o conclusión; no afecta tanto al acto de declaración de voluntad, cuanto al efecto normativo del mismo. El monopolio, por el contrario, de tener beligerancia respecto del contrato, manifiesta su relevancia precisamente en el momento y en el hecho de emitir la declaración de voluntad.

Para García Amigo, las normas de Derecho imperativo y el orden público económico, representado fundamentalmente por la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963, son los únicos medios de que se dispone para reprimir los abusos que pueden cometerse en la contratación a través de condiciones generales.

A nuestro juicio, se aprecia claramente que García Amigo no es-

(71) GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)*, Madrid, 1969, p. 251.

(72) GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...*, p. 259.

(73) GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...*, p. 259.

tablece distinciones entre la contratación pura y simple y la contratación por medio de condiciones generales. No tiene en cuenta que no pueden examinarse de idéntica manera ambos tipos de contratación, pues los presupuestos de una y otra son diferentes. Se ha dicho que mediante tales condiciones se eliminan *a priori* los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación (74). Una corriente, que parece ya dominante en la doctrina científica y jurisprudencial, condena por razones de Derecho que las condiciones generales se utilicen como medios para que una clase fortalezca su poder, mediante el despojo de garantías jurídicas, a quienes contratan con uno de sus privilegiados miembros (75).

Partiendo de este presupuesto, estimamos que, en el marco de las condiciones generales, deben examinarse con sumo cuidado todas las normas jurídicas que no se aplican, porque debe existir una «razón fundada» que justifique su inaplicación. El profesor De Castro, como vamos a ver ampliamente, ha explicado de manera amplia y convincente esta necesidad. La operatividad de la moral y las buenas costumbres, a pesar de que García Amigo piensa que debe negarse, es algo que no nos ofrece duda. Como dice Ripert (76) en su conocida monografía «*La regle morale dans les obligations civiles*», cuando el juez descubre que la forma jurídica del contrato ha sido empleada para el intercambio de bienes o servicios inmorales, o ha servido para la satisfacción de un deseo inmoral, no existe contrato que, a pesar de la habilidad técnica de su redacción o la apariencia de su regularidad, escape a su censura.

Cualquiera de las cláusulas de las condiciones generales que integran el contenido del contrato celebrado, cuando han sido aceptadas por el adherente, puede ser impugnada y declarada ineficaz si está en contradicción con las buenas costumbres; es decir, con el conjunto de convicciones o valores ético-sociales que imperan actualmente en nuestra comunidad. Este límite de la autonomía privada, reconocido por los

(74) DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1961, fasc. II, p. 297. En el Derecho alemán, la doctrina y la jurisprudencia ponen de relieve que los hechos demuestran que las condiciones generales no son la consecuencia de un acuerdo libremente estipulado por las partes equiparadas, como corresponde al sentido de la autonomía privada, sino que responden a una fijación unilateral. Por regla general, el cliente no tiene posibilidad alguna de influir en su contenido: únicamente le queda la elección de someterse a ellas o rehusar la conclusión del contrato. LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil*, 12.ª ed., München, 1979, p. 73) señala que la jurisprudencia ha declarado hace mucho tiempo que las condiciones generales, aunque constituyan parte integrante del contenido del contrato, no pueden ser tratadas de igual manera que el contenido de una estipulación adoptada individualmente.

(75) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 301.

(76) RIPERT, *La regle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, páginas 41-42.

artículos 1.255 y 1.275 del Código civil, tendrá plena aplicación en relación con las cláusulas de las condiciones generales que tengan un marcado carácter inicuo o abusivo.

Tampoco podemos admitir que la buena fe no pueda operar como medio idóneo para reprimir las cláusulas abusivas de las condiciones generales. El autor citado no advierte las múltiples aplicaciones del principio de la buena fe en el marco de la relación obligatoria (77). Su noción de buena fe es excesivamente restringida. No tiene en cuenta a la buena fe en sentido objetivo, que es a la que se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando la utilizan como mecanismo de control de las condiciones generales de los contratos. Objetivamente considerada, apunta Díez-Picazo (78), la buena fe exige una conducta de la persona ajustada a un complejo de valoraciones de orden ético: es, como se ha dicho, la actitud adoptada por la persona dentro de una relación jurídica o dentro del tráfico jurídico, en cuanto revela la posición moral de la persona respecto a una situación (De Castro). En este sentido, la buena fe es una conducta social que es exigible conforme a un imperativo ético. Si considerada objetivamente la buena fe es un arquetipo de conducta social, hay también una norma jurídica que obliga a comportarse de acuerdo con ese modelo de conducta, pues no cabe duda de que un principio general del Derecho exige comportarse de buena fe. Como apunta el autor últimamente mencionado, la buena fe es un principio general del Derecho porque revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y existir de nuestra comunidad, porque deriva directamente de la ley natural, porque se halla vigorosamente anclada en los postulados de nuestra moral cristiana y porque ha tenido entre nosotros una tradicional vigencia (79).

Entendida de la manera descrita, es lógico que se acuda a la buena fe para reprimir las cláusulas de las condiciones generales que son claramente inicuas o abusivas. Este tipo de cláusulas denotan una conducta del predisponente totalmente contraria a un principio general del Derecho, el de la buena fe, que obliga a comportarse conforme al arquetipo de conducta social, que es exigible conforme a un imperativo ético. De esta conclusión ha de afirmarse la ineficacia de dichas cláusulas, pues no en vano el Título Preliminar del Código civil establece que los principios generales del Derecho informan a todo nuestro ordenamiento jurídico y tienen carácter normativo (art. 1-4) (79 bis).

(77) Un amplio examen de la cuestión puede encontrarse en LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeine Teil*. 12.ª ed., Münchén, 1979, pp. 105 ss. También, Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*. Madrid, 1967, p. 270.

(78) Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*, Madrid, 1967, página 269.

(79) Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 139.

(79 bis) Al abordar la problemática de la contratación por adhesión, apuntan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, p. 85) que la buena fe es otro límite de la eficacia de las cláusulas, que incluso puede llevar a la anulación de las que presupongan el nacimiento de derechos o liberación de responsabilidades en favor del empresario o predisponente incompatible con la misma.

García Amigo señala que puede ocurrir que la regulación emanada de la voluntad contractual sea inequitativa, o, si se quiere, lesiva de los intereses de una de las partes contratantes en beneficio de la otra; pero la rescisión por lesión no se admite con carácter general en nuestro Derecho, sino tan sólo en casos específicos, con carácter excepcional. Con esta sutil argumentación, parece que este autor quiere justificar las cláusulas inequitativas o lesivas para el adherente que aparezcan en las condiciones generales. Nuestro Derecho permite esto, según este autor, porque la rescisión por lesión tiene un carácter excepcional. A nuestro juicio, una cosa es que la rescisión por lesión sólo pueda invocarse en los casos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, como ha entendido nuestra doctrina en atención al texto del artículo 1.293 del Código civil (80), y otra muy distinta, que no existan medios en nuestro Derecho para reprimir las cláusulas inequitativas que pueden aparecer en las condiciones generales de los contratos. El hecho de que el contrato no pueda ser rescindido por lesión, porque no estemos en uno de los supuestos contemplados por el ordenamiento jurídico, no significa que no existan medios jurídicos en nuestro Derecho para combatir las cláusulas inicuas. En nuestra doctrina, los profesores De Castro y Clavería Gonsálvez se han referido a estos medios.

Por todo lo dicho, no podemos compartir la tesis de García Amigo y de los autores que piensan como él. Nos parece más acertada la corriente doctrinal, jurisprudencial y legal que, en el marco de la contratación mediante condiciones generales, trata de proteger a la parte más débil en el plano económico y social (los usuarios o consumidores). Nuestra Constitución se sitúa en esta línea, al disponer el artículo 51 lo siguiente: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca». En base a este artículo, A. Bercovitz (81) se ha referido al principio de protección de los consumidores, que, según el mismo, es un auténtico principio general del Derecho: «Como tal —escribe— no sólo ha de plasmarse en la promulgación de una nueva normativa legal, sino que ha de ser tenido en cuenta por los Tribunales y por los poderes públicos en general, para atribuirle las consecuencias que necesariamente derivan de su configuración como principio general de nuestro Derecho» (82). Todavía

(80) DE CASTRO, *El negocio...*, pp. 521-522; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, páginas 316-317.

(81) A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Lecturas sobre la Constitución española*; coordinador FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, II, pp. 19 y 36.

(82) En el Derecho italiano se ha destacado la importancia de la Constitución para proteger a los usuarios o consumidores frente a las cláusulas

no se ha promulgado la tan solicitada Ley sobre Condiciones Generales; sin embargo, la incidencia del artículo 51 de la Constitución se hace visible en la reciente Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980 («B. O. E.», de 17 de octubre de 1980), cuyo artículo 3 dispone: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

Esta tendencia se manifiesta en la legislación de numerosos países, que protegen a los usuarios y consumidores frente a las cláusulas abusivas de las condiciones generales de los contratos. Nos remitimos a la completa exposición que el profesor De Castro hace en su estudio: «*El arbitraje y la nueva Lex mercatoria*», págs. 683-685 (83), y a Bianca, «*Le condizioni generali di contratto*» (84), donde se puede ver una amplia información sobre la tendencia al control de las condiciones generales en el Derecho comparado.

A nuestro juicio, como ya hemos apuntado, debe examinarse atentamente toda norma jurídica que no se aplica por señalarlo alguna cláusula de las condiciones generales, a fin de determinar si existe una «razón fundada» que justifique la inaplicación. Esta justificación no existirá cuando se sustituyen normas dispositivas por unas condiciones abusivas y, en general, cuando se alcanzan consecuencias que están en desacuerdo con los principios generales del Derecho. Como ha dicho recientemente De Castro (85), el Juez, cuando se trate de cumplir su alta función, no habrá de cerrar los ojos a la realidad de lo

de las condiciones generales, que son especialmente inicuas. Señala LIPARI (*Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, pp. 348-349) que puesta de relieve la inexistencia en el Código civil de mecanismos adecuados para tutelar al contratante débil, se hace necesario un replanteamiento del problema con base en la Constitución, con el fin de investigar la existencia de normas constitucionales dirigidas a garantizar la autonomía privada y su ámbito de actuación. Un amplio análisis de la cuestión ha sido realizado por COTURRI, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milán, 1970, pp. 176-184.

(83) DE CASTRO, *El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria*, en este ANUARIO, fascículo IV, 1979, pp. 683-685.

(84) BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, II, Milano, 1981.

(85) DE CASTRO, *El arbitraje...*, p. 682.

pactado y convertirse en cómplice o colaborador del empresario o grupos de empresarios que abusan de su prepotencia social o económica.

En un amplio estudio publicado en este ANUARIO (86), el autor que acabamos de citar, señaló, en una tesis que compartimos plenamente, que en nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrán ser impugnadas, en cuanto lo sean, como contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho; pero el defecto que resulta más frecuente y más fácil de diagnosticar será el que resulta de contener, oculta o abiertamente, la renuncia a ciertas leyes. Señala De Castro (87) que la plena eficacia de estas normas (se refiere a los artículos 1.255 y 4 del Código civil) respecto a las condiciones generales ha encontrado un impedimento difícil de apartar, más que por su gravedad intrínseca, por tratarse de uno de esos tópicos dogmáticos que aceptamos todos sin pararnos a reflexionar... Un plurius de simplificación, estableciendo escalones claramente delimitados para la regulación de los negocios jurídicos (Derecho imperativo, voluntad, Derecho dispositivo), nacido probablemente de preocupaciones didácticas, lleva a identificar Derecho dispositivo con normas de mera eficacia supletoria. Esto, y los prejuicios del antiguo liberalismo, hacen considerar excepcional el Derecho imperativo, inapto para la interpretación extensiva y analógica; mientras que el Derecho dispositivo se entiende que recoge la regulación presumiblemente querida por las partes y que, por tanto, puede ser barrido «in toto» por la voluntad de los contratantes. Autores alemanes (88) han sido también los que mejor han reaccionado contra esta estrecha y simplista concepción del Derecho dispositivo. Han vuelto a descubrir que las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una «función ordenadora», por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente. Añade De Castro que cabe distinguir diversos tipos de normas en virtud de su mayor o menor derogabilidad por los particulares. Existen normas imperativas no sólo sobre la perfección del contrato, sino también, y más de las que generalmente se indican, respecto al contenido de los contratos. Hay, de otro lado, preceptos de carácter secundario, de mero significado supletorio, para los que la ley señala abiertamente la posibilidad de ser desplazados por el pacto; en todos los que, por no derivar de la naturaleza del contrato, se puede permitir la renuncia a los beneficios legales, como así se dice expresamente en algún caso (p. e., art. 1.477).

(86) DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en este ANUARIO, 1961, fasc. II, pp. 295 ss.

(87) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 333.

(88) Amplia referencia en DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, nota 148; también en ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB Kommentar*, Köln, 1977, p. 172.

Entre uno y otro tipo de reglas están aquellas otras, menos definidas, en las que no se manifiesta externamente su carácter. Conviene distinguir, para mayor claridad, las siguientes clases de normas:

1. Dentro de las que se refieren a la sustancia misma de los contratos hay unas, a) que se derivan de la naturaleza misma de los contratos onerosos y conmutativos, y otras, b) que resultan de la propia condición de cada tipo de contrato.

a) Se nos ha dicho: «La libertad de pactos reconocida en nuestra legislación lleva también en ésta límites infranqueables; las leyes, la moral y el orden público (artículo 1.255 C. c.). Pensamiento que se ha completado agregando: que la contratación tiene «un marco muy preciso en los principios generales del Derecho; ese marco es la justicia, de que es expresión el Derecho; la justicia conmutativa, que es la que debe informar las relaciones contractuales». La misma ley señala la importancia decisiva de la reciprocidad de las prestaciones e intereses como fundamento de los contratos onerosos (arts. 1.274, 1.289) y excluye la validez de los pactos en que su cumplimiento se deja al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1.256, 1.449, 1.115).

b) En cada tipo de contrato quedan también fuera del arbitrio de las partes aquellas obligaciones y facultades que constituyen su esencia, como, por ejemplo, la de la entrega de la cosa vendida y la del pago del precio, en el contrato de compraventa (art. 1.445).

2. Las facultades u obligaciones que, aún no esenciales, derivan de la naturaleza de cada tipo de contrato que tienen una peculiar relevancia, indicada ya por las referencias que a la naturaleza del contrato hace el Código. La que impide que puedan considerarse como reglas meramente supletorias aquellas en las que se establecen. La dirección doctrinal alemana últimamente referida, afirma que el pacto o cláusula que se aparte del tipo legal y por el que se abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, habrá de estar justificado por alguna razón concluyente, estar su renuncia especialmente justificada o compensada. En el Derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales, su exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato (p. ej., venta a riesgos y ventura, rebaja de precio, de saldo, etc.) no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley.

Aplicando estas ideas a nuestra cuestión, afirma De Castro (89), puede concluirse que las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de la justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y la equidad en el caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones

(89) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 335.

que le corresponden. En todos estos supuestos va implícita una renuncia no permitida a la ley y, por tanto, será nula la cláusula que la contenga.

La tesis del profesor De Castro ha sido aceptada recientemente por Clavería Gonsálvez (90). Afirma este autor que el dogma jurídico liberal del carácter dispositivo de la inmensa mayoría de las normas que componen el Derecho privado y de la derogabilidad, por los particulares, en el ejercicio de la autonomía privada, de todo el Derecho dispositivo, ha sido superado en los últimos años por el hecho de la creciente abundancia de las normas jurídico-privadas imperativas y por las restricciones que pueden y deben darse a la libre derogación del Derecho dispositivo, siendo expresivo ejemplo de esto último el tenor del reciente texto contenido en el nuevo artículo 6, número 2, de nuestro Código civil, según el cual «... la exclusión voluntaria de la ley aplicable a la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Repárese en que sólo cabe hablar de «exclusión voluntaria de la ley aplicable» en el caso de la ley dispositiva y que incluso dicha exclusión se nos presenta, en cierto modo, como excepcional («sólo será válida —reza el precepto—»), entendiéndose implícitamente que cualquier exclusión de un precepto de Derecho dispositivo puede, en principio, dañar el orden o el interés público o perjudicar a tercero.

Clavería Gonsálvez (91) destaca la importancia de los principios generales del Derecho como fuente jurídica protectora del adherente. La afirmación de De Castro de que el Derecho dispositivo, al ser el resultado de una cuidadosa, neutral y equitativa ponderación de intereses, puede desempeñar una importante función ordenadora, le ha sugerido la idea de que es perfectamente posible extraer principios generales del Derecho de los preceptos legales dispositivos, principios generales, que, según el artículo 1 —números 1 y 4— de nuestro Código civil, son fuente del Derecho, no cabiendo dudar de su aplicación directa y de su carácter de *ius cogens*.

Nos parece muy acertada la invocación de los principios generales del Derecho para proteger al adherente frente a las condiciones abusivas; sin embargo, no nos parece exacta la asimilación de los principios generales del Derecho a los obtenidos mediante sucesivas abstracciones de normas singulares del ordenamiento jurídico. Apuntan De Castro (92) y Díez-Picazo (93) que no pueden confundirse los principios generales del Derecho con formulaciones que son meras abstracciones lógicas o enunciaciones de carácter científico. En puridad, se nos ha

(90) CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *La predisposición del contenido contractual*, en la Revista de Derecho Privado, 1979, julio-agosto, p. 682.

(91) CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *La predisposición...*, pp. 682-683.

(92) DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, Madrid, 1955 páginas 457-458.

(93) DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, p. 206.

dicho (94), los principios generales del Derecho son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación. Son, agrega De Castro, la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica.

La técnica consistente en acudir al Derecho dispositivo para obtener la protección del contratante más débil en el supuesto de contratación mediante condiciones generales, ha sido ampliamente admitida en el Derecho comparado. En Alemania Federal, ha sido consagrada por la *Gesetz zur Relegung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, que entró en vigor el 1 de abril de 1977. El parágrafo 9 de esta disposición establece: «Cláusula general. I. Las estipulaciones contenidas en condiciones generales de negocio son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, habida cuenta de los preceptos de la buena fe objetiva. II. En la duda se presume la existencia de perjuicio, cuando la cláusula 1 no es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, del cual se aparta (95) o, 2, limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo» (96).

Esta cláusula general destaca tanto la importancia del principio de la buena fe como la posibilidad de que los Tribunales declaren la ineficacia de las cláusulas —contenidas en condiciones generales— que perjudiquen al adherente y sean incompatibles con el principio inspirador de la regulación legal. Estos principios inspiradores deberán ser investigados mediante el estudio atento del Derecho positivo, tanto el compuesto por normas de Derecho imperativo como el integrado por preceptos de carácter dispositivo. Ulmer (97) afirma que no toda divergencia con el Derecho dispositivo debe ser desaprobada. El fundamento de la desaprobación reside más bien en la disconformidad de la cláusula con un principio esencial de la regulación legal (98).

En el Derecho italiano, numerosos autores, que tienen en cuenta las opiniones de Reiser, Nipperdey, Rehbinder y otros autores alemanes, destacan la importancia del derecho dispositivo y del principio de la buena fe para proteger al contratante más débil (el adherente) en la contratación mediante condiciones generales. Di Majo Gianquina-

(94) DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, Madrid, 1955. página 464.

(95) Como hemos visto, CLAVERÍA GONSÁLVEZ intenta aplicar esta solución en nuestro Derecho, acudiendo a los principios generales del Derecho, que se extraen de los singulares preceptos legales.

(96) Sobre la interpretación de esta norma de la *AGB-Gesetz*, pueden consultarse los trabajos de ULMER, BRANDNER y HENSEN, *AGB Kommentar*, Köln, 1977; HEINRICH'S, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, páginas 2238 ss., con amplia referencia doctrinal y jurisprudencial (sobre todo, en la página 2226).

(97) ULMER, en colaboración con BRANDNER y HENSEN, *AGB Kommentar...*, página 172.

(98) Hay que tener en cuenta que la fuerza jurídica de las normas de Derecho dispositivo no es siempre la misma, pues depende, en cada caso, del diferente grado de justicia y protección que contengan (ULMER, *op. cit. ant.*).

to (99) señala que debe tenerse en cuenta el principio de la buena fe para decidir si una determinada modificación del Derecho dispositivo es o no «exigible» al adherente. La valoración de la buena fe, por su propia naturaleza, admite una particular apreciación del caso concreto y de esta manera permite determinar si una determinada modificación (del Derecho dispositivo) está justificada.

Buonocore (100) y De Nova (101) señalan que es necesario confrontar las cláusulas de las condiciones generales con el tipo normativo al cual se reconduce el negocio celebrado, para determinar si tienen o no carácter vejatorio. La validez de la cláusula derogatoria se condiciona a la existencia de una razón fundada. De esta manera, destacan que la disciplina legal aplicable (que deriva de la naturaleza del negocio celebrado) servirá no sólo para integrar las lagunas, sino, sobre todo, para controlar la licitud de las cláusulas de las condiciones generales. Estos autores aplican el citado mecanismo de control al *leasing* financiero.

Para concluir este epígrafe, debemos señalar que los principios generales del Derecho son una importante fuente protectora de los adherentes. Hace bastantes años que se viene invocando el principio de la buena fe para combatir las cláusulas injustificadamente lesivas que pueden aparecer en las condiciones generales de los contratos. En el Derecho alemán, como hemos visto, la *AGB-Gesetz* se refiere en el parágrafo 9 (Cláusula general) a la buena fe, que actúa como criterio básico para determinar el carácter equitativo o no equitativo del perjuicio que se causa al adherente con las estipulaciones contenidas en las condiciones generales. Larenz (102), que cita en idéntico sentido a Ulmer y Heinrichs, entiende que la contravención de la buena fe (*Treu und Glauben*), a la que se refiere el citado parágrafo, tiene lugar cuando se perturba considerablemente la relación de equivalencia (*Äquivalenzverhältnis*) por las condiciones impuestas por el predisponente a la otra parte. Se consagra legalmente la solución defendida por numerosos autores y Tribunales alemanes (103).

En nuestro Derecho, aunque carecemos todavía de una disposición legal semejante a la *AGB-Gesetz* (104), podemos llegar a consecuencias parecidas. Hay que tener en cuenta que, como puntualiza De Castro (105), la concepción de los redactores del Código civil se funda en la equidad y la buena fe. En el comentario al artículo 978 del

(99) DI MAJO GIAQUINO, *Condizioni generali di contratto e tutela del contratto debole*, en *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di Diritto privato dell'Università di Catania*, 17-18 mayo 1969, Milán, 1970, pp. 77-78.

(100) BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Prolifi privatistici e tributaria*, Milán, 1975, pp. 88 ss.

(101) DE NOVA, *Contratto di leasing e controllo delle condizioni generali di contratto*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1973, II, pp. 339-340.

(102) LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, 5.ª ed., p. 521.

(103) Referencia en DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, nota 94.

(104) Existe un anteproyecto de ley sobre condiciones generales.

(105) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 335, nota 151.

Proyecto de 1851 (106), señala García Goyena que la equidad y la buena fe son el alma de los contratos. La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil o escrita: *legis scriptae aequamentum vel non scriptae supplementum*; por eso deben ser consideradas en todo y principalmente en el Derecho. En nuestro Derecho vigente, el artículo 1-4 del Título Preliminar del Código civil dispone que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». El carácter informador de los principios generales del Derecho determina que son algo más que una fuente supletoria de la ley y de la costumbre. Como ha escrito De Castro (107), están fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes, ya que han de ser tenidos en cuenta antes, en y después de la ley y de la costumbre. El juez tiene el deber de aplicar los principios escritos o no escritos que inspiran la total organización del Estado; son los que señalan los caracteres que la ley o la costumbre han de tener para ser válidos, los que imponen que la costumbre haya de ser racional y que la ley sea conforme al Derecho natural; los que, por su carácter informador general, indicarán cómo una y otra han de ser entendidas.

Entre los principios generales del Derecho tiene especial relieve en el ámbito de la contratación el de la buena fe, como hemos señalado al analizar críticamente la opinión de García Amigo. Debe ser empleado como criterio para determinar el carácter justificado o injustificado de las cláusulas que aparecen en las condiciones generales de los contratos. Nótese que actúa como principio de moralización de las relaciones económicas (cfr. arts. 7-1 y 1.258 del Código civil y 57 del Código de comercio). Cualquier cláusula de las condiciones generales, que forme parte integrante del contrato por la aceptación del adherente, será ineficaz si es contraria al principio de la buena fe.

También tiene un notable interés en materia de control de las cláusulas de las condiciones generales de los contratos, el principio de la conmutatividad, que impone la justicia distributiva en el tráfico jurídico. De acuerdo con este principio, que forma parte integrante de nuestro orden público económico (108), en el intercambio de bienes y servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible. Esto se traduce en la consecución del equilibrio de las prestaciones. Nuestro Código civil, en el artículo 1.289, aplica esta regla como criterio interpretativo. Si el contrato fuese oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Es indudable que las cláusulas de las condiciones generales que impliquen una desproporción injustificadamente lesiva para el adherente, pugnan con este principio general del Derecho.

Es digno de tenerse en cuenta que el artículo 3-2 del Título Preliminar del Código civil establece que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribu-

(106) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, vol 3.º, pp. 9-10.

(107) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, p. 379 y nota 3.

(108) En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, p. 45.

nales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita. De la lectura de este precepto se infiere que el Tribunal no puede resolver el litigio, basándose exclusivamente en la equidad; pero sí debe tenerse en cuenta para resolverlo si concurren además de la equidad otros argumentos jurídicos que justifiquen una determinada solución. Esto es lógico por el engarce que existe entre la equidad y los principios generales del Derecho. Se nos ha dicho que la equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales (109). Por consiguiente, debe comprobarse si las cláusulas de las condiciones generales están o no en armonía con la equidad.

El artículo 7-2 del Título Preliminar del Código civil afirma que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Es abusivo y antisocial el imponer condiciones injustificadamente lesivas para el adherente. Ha dicho el profesor De Castro (110) que los efectos perniciosos de las condiciones generales de los contratos trascienden del daño que puedan inferir al particular, ya que desprestigian las leyes y hasta resultan perturbadoras para la economía nacional.

Es sencillo comprender que las cláusulas inicuas o abusivas están en contra de las buenas costumbres, de acuerdo con lo que hemos afirmado al comentar críticamente el parecer de García Amigo. La aplicación del artículo 1.255 del Código civil es indudable en tales casos.

En relación con el orden público, se ha destacado que la Ley de 20 de julio de 1963 (B.O.E., de 23 de julio), de represión de prácticas restrictivas de la competencia, forma parte del orden público económico y puede ser un instrumento útil para declarar la nulidad de determinadas cláusulas abusivas. Así lo ha señalado García Amigo (111), cuyo punto de vista es aceptado por Clavería Gonsálvez (112). Esta Ley prohíbe determinadas conductas que pueden atentar contra la libre competencia; entre los preceptos que dicha ley contiene, merece ser destacado, como módulo indicador de lo que el orden público económico exige en el campo de las condiciones generales de la contratación (y en otros relativos a la protección de los consumidores y usuarios), el comprendido en su artículo 2, en cuya virtud «... quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas, explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores».

La Ley de 20 de julio de 1963 no sólo combate, mediante el establecimiento expreso de la nulidad, los actos y las conductas que persiguen la creación de monopolios (artículo 1), sino también las

(109) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, p. 472.

(110) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 270.

(111) GARCÍA AMIGO, *Las condiciones generales...*, p. 270.

(112) CLAVERÍA GONSÁLVEZ, *La predisposición...*, p. 680.

consecuencias de éstos, lo que constituye otro modo de atacar las causas, ya que disuade a quien pretenda atentar contra la libre concurrencia.

En síntesis, los Tribunales «... a la altura de la época y aprovechando las ideas vigentes y contenidas en nuestra ley antimonopolio... pueden... llegar a declarar la nulidad de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de los contratos, cuando éstas sean impuestas abusivamente en virtud de una posición monopolística de hecho o dominante en el mercado, y sean injustificadamente lesivas para los adherentes a las mismas».

2. *Importancia de la cuestión en el «leasing» financiero. Referencia a las cláusulas que se analizan en este estudio.*—El análisis crítico de las cláusulas que figuran en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero, ha sido realizado de una manera somera por nuestra doctrina. La mayor parte de los autores se limitan a reproducir las cláusulas más típicas, sin plantearse problemas de licitud o de otro orden. No obstante, el control de estas cláusulas es imprescindible, porque algunas de ellas son de dudosa licitud. Esto es tan evidente que Garrigues y Sánchez Calero (113) echan en falta una normativa para proteger a los cesionarios (usuarios) frente a las posibles condiciones abusivas impuestas por las sociedades de *leasing*. Sin embargo, pensamos que la promulgación de una ley especial sobre condiciones generales de los negocios, similar a la *AGB-Gesetz*, cumpliría perfectamente este cometido. No es tan necesario establecer una normativa específica sobre el *leasing* financiero, que sirva para reprimir las condiciones abusivas impuestas por las sociedades de *leasing*, como una ley especial que declare la ineficacia de cualquier tipo de cláusula abusiva que aparezca en las condiciones generales de un contrato (114). En esta tarea, conviene actuar con la lentitud y la prudencia que es siempre necesaria para determinar la oportunidad y el contenido de una reforma legislativa (115). La elaboración de la *AGB-Gesetz* es un ejemplo de cómo debe elaborarse una ley de tan enorme importancia. Apunta De Castro (116) que fue el resultado de una cuidadosa elaboración. En 1972 se crea un grupo de trabajo con representantes de la Universidad, de la Judicatura, economistas, consumidores y de funcionarios de Justicia y Economía. En base a los Informes de 1974 y 1975 se redacta el Proyecto. Aprobado por el *Bundestag* el 11 de noviembre de 1976, entra en vigor en 1 de marzo de 1977.

Vamos a circunscribir nuestro análisis crítico a cuatro cláusulas de las condiciones generales del *leasing* financiero, que son seguramente las que plantean mayores problemas de licitud. Sobre ellas, se ha

(113) GARRIGUES-SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Madrid, 1980, p. 98; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1980, p. 416.

(114) En este sentido, CLAVERÍA GONSÁLVIZ, *La predisposición...*, p. 685.

(115) Así lo ha señalado DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 340.

(116) DE CASTRO, *El arbitraje...*, p. 684.

planteado fundamentalmente el debate doctrinal y jurisprudencial, sobre todo en Alemania Federal y Francia, que son los países de Europa continental donde el *leasing* financiero ha alcanzado un mayor desarrollo. Nos vamos a referir a las cláusulas que exoneran de responsabilidades a la sociedades de *leasing* y determinan que el usuario soporte el conjunto de los riesgos; igualmente vamos a ocuparnos de la cláusula que determina que la falta puntual de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato de *leasing* financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas.

En un análisis crítico de las cláusulas referidas, hemos considerado conveniente exponer tanto las opiniones de los autores y Tribunales extranjeros (alemanes, franceses e italianos, fundamentalmente) como españoles. Particular atención nos han merecido las opiniones de Giovanoli, que ha estudiado con detenimiento esta importante cuestión jurídica.

Martín Oviedo (117) se refiere al trabajo realizado por De la Cuesta Rute (118), diciendo que es una monografía construida «*cum ira*»: las afirmaciones adoptan un tono defensivo (¿contra qué?), ya un no menos preocupante tono ofensivo y vindicativo, cuyo por qué no deja de saltar a nuestra vista por mucho que en el artículo comentado quede sin respuesta.

Ante la posibilidad de que también se nos califique de esta manera, queremos destacar que no hemos realizado este trabajo con ira contra las sociedades de *leasing*; sino que intentamos simplemente analizar algunas cláusulas que, a numerosos autores y Tribunales, han parecido de dudosa licitud.

3. La sociedad de «leasing» no es responsable cuando el usuario no tiene a su disposición los bienes en la fecha y lugar convenidos (119).

A) *La tesis de Giovanoli*.—Según este autor (120), a diferencia de las obligaciones del usuario, las de la sociedad de *leasing* son puras obligaciones de abstención. Por ello, la sociedad de *leasing* no está obligada a entregar los bienes y, consecuentemente, está exonerada de toda responsabilidad. La ausencia de toda obligación de la sociedad de *leasing* está plenamente justificada si se entiende que el *leasing* financiero es un préstamo acompañado de una venta en garantía. Si la sociedad de *leasing* ha aceptado limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietario, ha sido en contrapartida a la exoneración de todo tipo de responsabilidades que se relacionen con los bienes.

B) *Derecho alemán*.—Una tesis semejante a la de Giovanoli, aunque partiendo de la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero,

(117) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, pp. 201-202.

(118) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing*, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1970, pp. 533-619.

(119) MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, pp. 157, 166 y 175) expone las condiciones generales de las principales sociedades de *leasing* españolas.

(120) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 399-400.

es defendida por algún autor alemán. Flume (121) entiende que la sociedad de *leasing* ha adquirido los bienes financiados por la demanda del usuario y de acuerdo con las instrucciones que éste le ha dado. Con anterioridad a la celebración del contrato de *leasing* financiero, el usuario ha negociado con el suministrador las condiciones de la adquisición de los bienes. Por ello, es lógico que la sociedad de *leasing* esté exonerada de toda responsabilidad en lo relativo a la entrega de los bienes por el suministrador al usuario, aunque sea la propietaria de éstos. Hay que tener en cuenta también que el usuario se subroga en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes, y exigirle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En contra de la opinión señalada, se puede citar la sentencia del *Oberlandesgericht* de Bamberg, de 14 de enero de 1972 (122), que se muestra contraria a la validez de las cláusulas que imponen al usuario cargas y riesgos y exoneran a la sociedad de *leasing* de toda responsabilidad, porque no se acomodan a las exigencias de las buenas costumbres (parágrafo 138 del BGB) y son indiscriminadamente lesivas para el usuario.

Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, se ha considerado aplicable el parágrafo 11, 8 al *leasing* financiero (123). A tenor de esta norma, es ineficaz la cláusula de las condiciones generales del negocio que en los casos de mora e imposibilidad de la prestación imputable al predisponente, excluye o limita el derecho del adherente a exigir la indemnización de daños, o excluye o limita el derecho del adherente a resolver el contrato.

C) *Derecho francés*.—En la doctrina científica, Coillot (124) pone de relieve que la sociedad de *leasing* se exonera de toda responsabilidad. Especialmente, siempre que se conviene de modo expreso que, en caso de retraso por culpa del suministrador, ya sea en la construcción o en la instalación del material, el usuario no podrá ejercer ningún recurso contra la sociedad de *leasing*. Así, no podrá reclamar reparación alguna por el perjuicio causado por el retraso en la puesta a disposición del material, ni negarse, por este motivo, a cumplir sus compromisos, especialmente el pago de las mensualidades.

Según Coillot, la sociedad de *leasing* nunca ha tenido entre sus manos los bienes. Estos son contruidos o almacenados por el suministrador. Es natural que las partes arreglen convencionalmente todo lo relativo a la obligación de entrega.

(121) FLUME, *Das Rechtsverhältnis des Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Düsseldorf, 1972, pp. 30 ss.; también en *Der Betrieb*, 1972, pp. 53-56.

(122) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 1993-1995.

(123) Cfr., HEINRICHS, en PALANDY, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, anotación al parágrafo 11,8 de la *AGB-Gesetz*, p. 2251. Este autor cita a EBENROTH, *Inhaltliche Schranken in Leasing-Formularverträgen auf Grund des AGB-Gesetz*, en *Der Betrieb*, 1978, p. 2112.

(124) COILLOT, *Initiation...*, pp. 156-158.

Para Leloup (125), el artículo 1.719 del Código civil francés (el arrendador está obligado, por la naturaleza del contrato, y sin que sea necesaria ninguna estipulación particular, a entregar al arrendatario la cosa arrendada...) no es una norma de orden público y, por tanto, no se aplica en presencia de una cláusula expresa e inequívoca de las partes.

La Cámara Nacional de Consejeros Financieros (126) justifica cualquier derogación convencional del Derecho común del contrato de arrendamiento, señalando que la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando se relaciona con el suministrador de los bienes. Por consiguiente, es lógico que esté exonerada de todo tipo de responsabilidades.

Frente a esta doctrina dominante, es interesante destacar que la Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 8 de enero de 1973 (127), admite la resolución del contrato de *leasing* financiero por falta de entrega de los bienes al usuario.

Algunos autores afirman que el suministrador actúa por cuenta de la sociedad de *leasing* cuando procede a la entrega de los bienes al usuario, por lo que la sociedad de *leasing* es siempre responsable frente al usuario de la buena ejecución de entrega (128).

En contra de la argumentación de la Cámara Nacional de Consejeros Financieros, Champaud (129) señala que es dudoso que la elección de la cosa por el usuario sea derogatoria del Derecho común. Además, no se comprende cómo el papel de mandatario desempeñado por el arrendador (la sociedad de *leasing*) puede exonerarle de ciertas responsabilidades.

D) *Derecho español*.—En nuestra doctrina científica, Vidal Blanco (130) entiende que la cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* puede pactarse al amparo del artículo 1.255 del Código civil. El usuario no podrá pretender por esta causa disminución alguna del precio arrendaticio, ni solicitar aplazamientos en los pagos por la no utilización transitoria del material debido a la causa que sea. Esto se justifica por la «cláusula de subrogación» del usuario en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes.

Martín Oviedo (131) considera lícita la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* en todo lo concerniente a la obligación de entrega de los bienes al usuario. Esta cláusula de exoneración significa una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, pero su derogación por pacto expreso entre las partes está

(125) LELOUP, *Note sous La Rochelle*, 26 juin 1964, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, II, 14331 bis.

(126) Cámara Nacional de Consejeros Financieros, *Le leasing...*, p. 13.

(127) En *Juris Classeur Périodique*, 1973, II, 17503, con nota de BEY.

(128) Referencia en COILLOT, *Initiation...*, p. 156.

(129) CHAMPAUD, *Le leasing*, en *Juris Classeur Périodique*, 1965, I, 1974, n. 29.

(130) VIDAL BLANCO, *El leasing...*, pp. 98-99.

(131) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 52.

admitida por el principio de la libertad de pactos (art. 1.255). La renuncia a la acción del usuario contra la sociedad de *leasing* tiene su justificación en el artículo 4, 2 del Código civil (el vigente, 6, 2 del Código civil).

Según López Iranzo (132), la citada cláusula es congruente con las distintas vocaciones, financiera y técnica, de las partes. Ello supone una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos. Para el usuario lo único que se produce es un cambio de «deudor» en la obligación de entrega y garantía del material. El contenido de estas acciones, por vía de subrogación, es similar al de las que le hubieran correspondido al arrendatario (el usuario) directamente contra el arrendador (la sociedad de *leasing*) en el ámbito del arrendamiento (el contrato de *leasing*). En definitiva, la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* no es sino consecuencia de una especie de «compensación» entre una posición acreedora de responsabilidad frente al vendedor y otra deudora frente al arrendatario (el usuario) en relación a la entrega y garantía de un mismo material y en la medida, claro está, que las reglas específicas de los contratos de venta y alquiler lo permiten.

Finalmente, Sagrera y Martorell (133) piensan que estas exclusiones de responsabilidad por parte de la sociedad de *leasing* tienen su origen precisamente en que si la sociedad de *leasing* ha llegado a ser propietaria de los bienes que se arriendan, ha sido «a petición» y en interés del usuario.

E) *Opinión personal.*—En primer lugar, debemos decir que está fuera de toda duda que es inválida la cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, si el suministrador no entrega los bienes en la fecha y condiciones convenidas por dolo o culpa grave de la sociedad de *leasing*. Lo mismo sucede si el suministrador entrega al usuario unos bienes que no se ajustan a los solicitados por éste, porque la sociedad de *leasing* ha actuado negligentemente en el cumplimiento del mandato (134). La exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* no puede prosperar por imperario del artículo 1.102 del Código civil, y por la asimilación, a estos efectos, de la culpa grave al dolo, de acuerdo con la doctrina dominante

Estimamos que el orden público y las buenas costumbres exigen que la responsabilidad derivada de la culpa grave esté sustraída a la liber-

(132) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 313.

(133) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing...*, p. 564.

(134) La sociedad de *leasing* incurre en responsabilidad si no ha seguido los deseos e instrucciones del usuario cuando ha comprado los bienes al suministrador. Téngase en cuenta que actúa por cuenta o encargo del usuario cuando se relaciona con éste, por lo que su actividad encaja perfectamente en la definición legal del mandato (artículo 1.709 del Código civil). Existe, en consecuencia, una negligente ejecución del mandato, y surge la correspondiente responsabilidad de la sociedad de *leasing* (artículos 1.719 y 1.726 del Código civil).

tad contractual de los particulares (artículo 1.255 del Código civil) (135). El poner impunemente en peligro la vida o los bienes del que contrata con nosotros por una falta grave de atención, no debe poder hacerse ni aun cuando medie un contrato entre el autor y la víctima. Creemos que las buenas costumbres no permiten esta liberación del deudor. Las convenciones de irresponsabilidad por culpa grave contribuyen a que se disminuya el sentido de la responsabilidad individual, lo cual, al ser gravemente perjudicial para la sociedad, no debe ser amparado por el Derecho.

Recientemente, Díez-Picazo y Gullón (136) han destacado, con acierto, que el artículo 1.103 del Código civil no se pronuncia, a diferencia del artículo 1.102, por la nulidad de la renuncia, pero tampoco la autoriza. Sería una cláusula que facultaría al deudor para ser descuidado, negligente o no proceder con la diligencia debida.

En el Derecho alemán, antes de la publicación de la *AGB-Gesetz*, la jurisprudencia se mostró contraria a la admisibilidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave en el marco de las condiciones generales (137). La *AGB-Gesetz* considera claramente ineficaz cualquier cláusula exoneratoria de estas características que aparezca en condiciones generales. El párrafo 11, 7 de esta disposición legal establece que en las condiciones generales es ineficaz una exclusión o una limitación de la responsabilidad por un daño que deriva de una violación contractual gravemente culposa por parte del predisponente... (138).

En segundo lugar, debemos señalar que algunas sociedades de *leasing*, además de impedir al usuario que pueda exigirles la indemnización de daños y perjuicios, establecen que el mismo está obligado a respetar el contrato de *leasing* mientras continúe en vigor la compraventa que le sirve de antecedente (139). Nótese que la resolución del contrato de compraventa celebrado con el suministrador sólo puede ser demandada por la sociedad de *leasing*, que es la que ha comprado los bienes. Esto significa que el usuario no puede exigir a la sociedad de *leasing* la indemnización de daños y perjuicios, ni resolver el contrato de *leasing* financiero; a pesar de producirse una demora importante en la entrega de los bienes, ni tampoco el contrato de compraventa que la sociedad de *leasing* ha celebrado con el suministrador. Se afirma,

(135) Con mayor razón en la contratación por adhesión, como apuntan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, pp. 85 y 86). Es inmoral y contraria al orden público una cláusula de irresponsabilidad generalizada en los contratos que no tenga fundamento justo.

(136) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 179, p. 145.

(137) En este sentido, la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de octubre de 1962 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, p. 46).

(138) Véanse los comentarios de ULMER, BRANDNER-HANSEN, *AGB-Kommentar*, Köln, 1977; HEINRICH, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1980; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.ª ed., München, 1980, pp. 518 ss.

(139) Referencia en MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, p. 176) que recoge las condiciones generales de las principales sociedades de *leasing* españolas.

en definitiva, que el que incumple la obligación de entrega de los bienes (la sociedad de *leasing*, que es el arrendador) está facultado para impedir que el usuario le demande la indemnización de daños y perjuicios, y para mantener a su conveniencia y capricho tanto la vigencia del contrato de compraventa como la del contrato de *leasing* financiero.

De la manera descrita, se impide la aplicación del artículo 1.556 del Código civil, causándose un daño grave al usuario, que no puede exigir directamente a la sociedad de *leasing* la indemnización de daños y perjuicios, y tiene que permanecer vinculado a la sociedad de *leasing*, aunque no tenga lugar la entrega de los bienes o se produzca con una importante demora. En realidad, lo que sucede es que el usuario se ha visto forzado a desprenderse de los medios de protección jurídica que le otorga nuestro ordenamiento jurídico frente a la sociedad de *leasing*, establecidos en el citado artículo 1.556, cuando la sociedad de *leasing* incumple la obligación de entrega de los bienes, que, a nuestro entender, es la obligación principal que pesa sobre ella. La «razón» que ha determinado la renuncia a estos derechos se encuentra pura y simplemente en el deseo de la parte económicamente fuerte (la sociedad de *leasing*) de no sufrir perjuicios cuando incumple su principal obligación. Si como dice De Castro (140), el desprenderse de acciones y excepciones simplemente es una renuncia no permitida a la ley, puede pensarse que la citada cláusula implica precisamente esto.

En contra de esta argumentación se dirá que el usuario se subroga en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes. Este argumento, tal vez, justifique que el usuario no pueda exigir la indemnización de daños y perjuicios, siempre que la sociedad de *leasing* no haya actuado con dolo o negligencia grave; pero al impedirse al usuario tanto la resolución del contrato que la sociedad de *leasing* ha celebrado con el suministrador como la del propio contrato de *leasing* financiero, se obliga al usuario a continuar vinculado a la sociedad de *leasing*, sin que exista una razón fundada que pueda justificarlo. Existe simplemente el abandono de un derecho sin reciprocidad o contraprestación alguna. La razón de esta renuncia se encuentra en una imposición de la parte económicamente fuerte (la sociedad de *leasing*), que desea mantener el contrato de *leasing* financiero a toda costa, aunque no puede cumplirse su función económica, por haber incumplido ésta su principal obligación (la entrega de los bienes). En contra de este razonamiento, no puede alegarse que los bienes deben ser entregados directamente por el suministrador al usuario, porque el suministrador, cuando le entregue los bienes, lo hace por cuenta de la sociedad de *leasing*. En el plano jurídico, la obligación de entrega recae sobre ésta, que tiene la condición de arrendador. Además, es importante no olvidar que si no van a ser entregados los bienes al usuario, o lo van a ser con un importante retraso, es injustificadamente lesivo para el usuario el impedirle que, al menos, pueda desvincularse del contrato de *leasing* financiero. Con notable

(140) DE CASTRO, *Las condiciones generales...*, p. 335.

acuerdo, De la Cuesta Rute (141) ha precisado que se plantea el problema de dejar al arbitrio de la sociedad de *leasing* la situación de incertidumbre del usuario, supuesto que de ella sola depende mantener o no en vigor la compraventa (141 bis). Considera, por tanto, que los Tribunales de justicia no se mostrarán indiferentes ante situaciones semejantes. Al negarse al usuario el ejercicio de esta acción, se reduce hasta volatizarse el sentido técnico de la subrogación.

4. *La sociedad de «leasing» se exonera de toda responsabilidad si los bienes presentan vicios que disminuyen su valor o los hacen inservibles para el fin deseado, o si el usuario es privado de los mismos (evicción)* (142).

A) *La tesis de Giovanoli*.—Este autor (143) afirma que esta cláusula puede ser fácilmente justificada. La sociedad de *leasing* limita el ejercicio de sus prerrogativas de propietario, porque el usuario le exonera de todo tipo de responsabilidades. A lo largo de la monografía, alude también al carácter esencialmente financiero de la sociedad de *leasing* y a la subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* para dirigirse contra el suministrador de los bienes, logrando de esta manera la oportuna indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, no puede ejercitar el usuario la acción resolutoria sin la autorización de la sociedad de *leasing*. Es necesario salvaguardar la vigencia del contrato de *leasing* financiero y justificar, en todo caso, el derecho de la sociedad de *leasing* a exigir al usuario el pago de la totalidad de los plazos, aunque los bienes sean inservibles para éste. Esta restricción se explica por el cuidado de la sociedad de *leasing* de no perder el control de la garantía real que representa la propiedad de los bienes. Al ser el propietario de los mismos, es lógico que sea necesario su concurso para que pueda ser resuelto el contrato celebrado con el suministrador.

B) *Derecho alemán*.—Según Flume (144) esta cláusula, y otras semejantes, se explican por la función estrictamente financiera de la sociedad de *leasing*. Esta ha adquirido los bienes de acuerdo con las instrucciones del usuario, que frecuentemente ha negociado las características de su adquisición con el suministrador. Por ello, es lógico que la sociedad de *leasing* se exonere de toda responsabilidad en lo relativo a las cualidades de los bienes. La subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de *leasing*, a fin de dirigirse contra el suministrador, justifica que aquél deba pagar a la sociedad de *leasing* los plazos convenidos, aunque los bienes presenten vicios o defectos ocultos.

(141) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing...*, pp. 575-577.

(141 bis) Nótese que el usuario no se subroga en el ejercicio de la acción redhibitoria; ésta sólo puede ser ejercitada por la sociedad de *leasing*.

(142) Ver MARTÍN OVIEDO (*El leasing...*, pp. 166, 175, 183 y 184) que recoge las condiciones generales de las sociedades de *leasing* españolas.

(143) GIOVANOLI, *La crédit-bail...*, pp. 405, 409 y 410.

(144) FLUME, *Das Rechtsverhältnis...*, pp. 30 ss.; también en *Der Betrieb*, 1972, pp. 53-54.

Algunos Tribunales alemanes aceptan una solución similar a la de Flume. El *Landgericht* de Koblenz, en la sentencia de 6 de febrero de 1973 (145), ha justificado la cláusula de exoneración de garantía de la sociedad de *leasing*. En igual sentido, el *Oberlandesgericht* de Nüremberg, en la sentencia de 15 de octubre de 1976 (146), afirmó que este contrato, por la peculiar configuración de la prestación de garantía, no está en contra de las buenas costumbres.

Frente al punto de vista señalado, no han faltado autores y Tribunales que han negado la validez de la citada cláusula, o han hecho depender su validez de una serie de requisitos. En contra de la licitud de esta cláusula, hay que citar la sentencia del *Oberlandesgericht* de 14 de enero de 1972 (147), que afirma que cláusulas como ésta son gravemente lesivas para el usuario, estando en contradicción con las buenas costumbres (parágrafo 138 del BGB).

Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, Ebenroth (148), pone de relieve que el *leasing* financiero es un contrato de adhesión; es necesario salvaguardar el principio de la buena fe (parágrafo 242 del BGB) y las buenas costumbres (parágrafo 138 del BGB). Cuestiona la aplicación de la *AGB-Gesetz* al *leasing* financiero, teniendo en cuenta lo dispuesto por los parágrafos 9 y 11,10 de esta disposición legal. En un trabajo publicado en la revista «Der Betrieb» (149), al que alude Heinrichs (150), este autor considera ineficaz la cláusula de las condiciones generales del *leasing* que excluye la obligación de garantía de la sociedad de *leasing*. El parágrafo 11,10 a) de la *AGB-Gesetz* se refiere a la obligación de garantía y dispone que, en las condiciones generales del negocio, es ineficaz una cláusula mediante la cual, en los contratos sobre entregas de cosas de nueva fabricación y prestaciones, se excluye las pretensiones de garantía contra el predisponente, incluyendo las eventuales pretensiones de reparación y de prestación del *id quod interest* en su totalidad o relativamente a partes concretas, o se limitan a la concesión de pretensiones contra terceros, o se hacen depender de la absorción judicial por un tercero.

Blomeyer (151) ha destacado que la literatura dominante entiende

(145) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 706-709. También en REICH, *Anmerkung zu LG Koblenz 6.2.1973 und LG Ausburg 10.11.1972*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 1613-1614.

(146) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 152-153. También en WOELSKOW, en *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Besonderer Teil*, Band 3, vor. 535, München, 1980, p. 598.

(147) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 1993-1995.

(148) EBENROTH, *Der Finanzierungs-Leasing Vertrag als Rechtsgeschäfts zwischen Miete und Kauf-BGH, Betr 1977*, 395, en *Juristische Schulung*, 1978, p. 590.

(149) *Inhaltliche Schranken in Leasing-Formularverträgen auf Grund des AGB-Gesetzes*, 1978, pp. 2114-2115.

(150) HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, anotación al parágrafo 11, 10 a) de la *AGB-Gesetz*, p. 2252.

(151) BLOMEYER, *Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetz*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 975.

que las condiciones de aplicación del párrafo 11,10 a) de la *AGB-Gesetz* se cumplen en el contrato de *leasing* financiero. El objeto de este contrato está constituido por cosas de nueva fabricación que se entregan al usuario.

Señala Blomeyer (152) que si el usuario no es comerciante, en ningún caso puede excluirse la obligación de garantía por vicios en los bienes. Se aplica el párrafo 11,10 a) de la *AGB-Gesetz*. En este sentido, Locher (152 bis).

Emmerich (153) ha expuesto los requisitos señalados por los Tribunales alemanes para que pueda afirmarse la validez de esta cláusula. Estos (154) parten de la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero. Al ser la conservación de las cosas alquiladas en buen estado una de las obligaciones esenciales del arrendador, la exclusión convencional de la obligación de garantía sólo puede tener lugar válidamente si los derechos de garantía que corresponden a la sociedad de *leasing* son cedidos al usuario. Este debe estar legitimado para poder resolver el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* con el suministrador de los bienes. Destaca en este sentido la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de febrero de 1977 (155). Pero si el usuario no es comerciante, rigen en todo caso las limitaciones del párrafo 11,10 de la *AGB-Gesetz*.

La resolución del contrato de compraventa (el celebrado por la sociedad de *leasing* y el usuario) influye decisivamente sobre el contrato de *leasing* financiero, debido a los efectos restitutorios que derivan de la misma. Es, por ello, lógico que el usuario deje de estar obligado a pagar los plazos restantes a la sociedad de *leasing*. Análogamente, si el usuario ha ejercitado la acción *cuanti minoris*, debe producirse una reducción proporcional en el pago de los plazos pendientes. Sin embargo, si el usuario no hace uso de los derechos de garantía que le han sido cedidos, o lo hace tardíamente, continúa obligado a pesar de los vicios en el objeto del contrato de *leasing* financiero, a pagar los plazos pendientes. En el caso de mora del usuario, incluso puede producirse el vencimiento anticipado de todos los plazos del *leasing* financiero.

Algunos autores (156) aceptan la doctrina de la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de febrero de 1977. Sin embargo, Kayser (157)

(152) BLOMEYER, *Finanzierungsleasing*, pp. 973 ss.

(152 bis) LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, 1980, p. 66.

(153) EMMERICH, en STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, párrafo 535, Berlín, 1978, pp. 654-655.

(154) EMMERICH cita las siguientes sentencias: *Bundesgerichtshof*, 23 de febrero de 1977; *Oberlandesgericht de Hamm*, 19 de enero de 1978.

(155) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 847-848. También BLOMEYER, *Finanzierungsleasing...*, pp. 973 ss. y KUMMER, en SOERGEL..., p. 65.

(156) En este sentido, HIDDEMANN, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Leasingvertrag*, Frankfurt, 1978, pp. 839-840; KAYSER, *Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Finanzierungs. Leasing*, Teilz W 5/1978, páginas 31-32.

(157) KAYSER, *Die höchstrichterliche Rechtsprechung...*, pp. 31-32.

juzga conveniente que sean aplicados al *leasing* financiero los principios desarrollados por el *Bundesgerichtshof* en relación con las cláusulas de exoneración de garantía de los promotores inmobiliarios (*Bauträgerfirmen*): este Tribunal ha admitido que los promotores pueden válidamente exonerarse de toda garantía en cuanto a los inmuebles vendidos, si han cedido a los compradores el conjunto de los créditos de garantía contra el arquitecto, los empresarios y los suministradores. No obstante, los promotores inmobiliarios siguen respondiendo subsidiariamente por los vicios o defectos, en la medida en que los compradores no obtienen la reparación en virtud de las acciones cedidas. Esta doctrina deriva de la importante sentencia del *Bundesgerichtshof* de 29 de marzo de 1974 (158).

C) *Derecho francés*.—La doctrina (159) y la jurisprudencia (160) se muestran claramente favorables a la admisión de la referida cláusula. Se destaca que el artículo 1.721 del Código civil francés no es una norma de orden público, y además que el usuario se subroga en la posición jurídica de la sociedad de *leasing* y puede, por tanto, dirigirse contra el suministrador de los bienes defectuosos. Sin embargo, es importante destacar que algunos autores y sentencias entienden que sólo se produce la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing*, si ésta no ha actuado dolosamente en el momento de la celebración del contrato de *leasing financiero*. Concretamente, afirma Coillot (161) que sólo se produce la exoneración de los vicios en el momento de la conclusión del contrato. La sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 13 de diciembre de 1971 (162), establece que es nula la renuncia del arrendatario a ejercer contra el arrendador cualquier tipo de acción.

Algunos autores y sentencias (163) han señalado que el equilibrio de las prestaciones contractuales exige que, en contrapartida a la renuncia, el usuario se beneficie de la garantía del vendedor; de otra manera, la renuncia estará privada en todo o en parte de causa.

Harichaux-Ramu (164) llega a decir que es conveniente que el usuario, privado de la acción contra la sociedad de *leasing*, se beneficie de una transferencia eficaz que le permita ejercer las acciones en eje-

(158) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, pp. 1135-1137.

(159) *Cfr.*, COILLOT, *Initiation...*, pp. 158-159; BEY, *De la sybiotique...*, p. 180; Cámara Nacional de Consejeros Financieros, *Le leasing...*, p. 13; PARLEANI, *Le contrat de lease-back*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1973, pp. 711-713; LELOUP, *Note sous La Rochelle, 26 juin 1964*, en *Juris Classeur Periodique*, 1965, II, 14331 bis.

(160) *Cfr.*, sentencias de la Corte de Casación de 30 de octubre de 1973 (*Recueil Dalloz Sirey*, *Somm* 6, 1974); 7 de mayo de 1974 (*Recueil Dalloz Sirey*, *Somm* 13, 1974); 1 de julio de 1975 (*Bulletin Civil de la Cour de Cassation*, IV, p. 155); 13 de junio de 1977 (*Bulletin Civil de la Cour de Cassation*, IV, p. 141), y otras muchas sentencias.

(161) COILLOT, *Initiation...*, pp. 158-159.

(162) Referencia en HARICHAUX-RAMU, *La transfert des garanties dans les crédit-bail mobilier*, en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1978, página 218.

(163) Referencia en HARICHAUX-RAMU, *La transfert...*, p. 220, nota 67.

(164) HARICHAUX-RAMU, *La transfert...*, p. 267.

cucción de la garantía legal o convencional, o la resolución del contrato, por referencia a la estipulación por otro o la cesión de créditos.

D) *Derecho italiano*.—Prácticamente, todos los autores aceptan la validez de esta cláusula, siempre que la sociedad de *leasing* haya obrado sin dolo o negligencia grave (164 bis).

Tabet (165) entiende que la exención de toda responsabilidad por vicios aparentes y ocultos está justificada por el tenor de los artículos 1.579 y 1.580 del Código civil italiano, con la única excepción del principio de nulidad del pacto de *dolo non praestando* (artículo 1.229). Por consiguiente, las partes tienen una amplia facultad para excluir o limitar la responsabilidad del arrendador (la sociedad de *leasing*) por vicios en la cosa arrendada, salvo la citada excepción.

En términos parecidos a los de Tabet se pronuncian Calandra (166) y Buonocore (167). D'Amato (168) puntualiza que la sociedad de *leasing* no responde frente al usuario por vicios aparentes u ocultos en la cosa. Se trata de una diferencia relevante en relación con el contrato de arrendamiento, que está justificada por la naturaleza financiera del *leasing* y, en particular, por la circunstancia de que los bienes, que ha de adquirir la sociedad de *leasing*, son encargados por el usuario. Corresponderá al usuario el ejercicio de las acciones que la sociedad de *leasing* puede interponer contra el suministrador de los bienes defectuosos.

E) *Derecho español*.—La mayor parte de los autores se sitúan en esta línea de pensamiento. López Iranzo (169) precisa que la traslación de riesgos o de responsabilidades y la subrogación de acciones constituye una de las características esenciales del *leasing* financiero, congruente con las distintas vocaciones, financiera y técnica, de las partes. Ello supone una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos. La exoneración de responsabilidad no es sino consecuencia de una especie de «compensación» entre una posición acreedora de responsabilidad frente al vendedor y otra deudora frente al arrendatario en relación a ... la garantía de un mismo material y en la medida, claro está, que las reglas específicas de los contratos de venta y alquiler lo permitan.

Para Sagrera y Martorell (170), estas exclusiones de responsabilidad por parte del arrendador (la sociedad de *leasing*) tienen su origen

(164 bis) (Cfr. TESTA, *Il leasing finanziario: prassi contrattuale e problemi*, en *Le condizioni generali di contratto, al cuidado de* BRANCA, Milano, 1981, páginas 282 ss.

(165) TABEL, *La locazione de beni strumentali (leasing)*, en Banca, Borsa e Titoli di Crédito, 1973, II, p. 292.

(166) GALANDRA, *Orientamenti della dottrina in tema de locazione finanziaria*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1978, pp. 207 ss.

(167) BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, en *Il leasing. Prolifi privatistici e tributari*, Milán, 1975, p. 92.

(168) D'AMATO, *Prolifi giuridici del contratto di leasing*, en *Giustizia Civile*, 1975, pp. 1799-1800.

(169) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 313.

(170) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento...*, p. 564.

precisamente en que si el arrendador ha llegado a ser propietario de los bienes que arrienda, ha sido a petición y en interés del cliente.

Según Martín Oviedo (171), estas cláusulas de exoneración significan derogación de normas generales en materia de arrendamiento, pero su derogación por pacto expreso entre las partes está admitida por el tenor de los propios preceptos (artículos 1.475, 1.476, 1.484 y 1.485 del Código civil, a los que se remite el artículo 1.553 del mismo cuerpo legal) y, en general, por el principio de la libertad de pactos (artículo 1.255). La renuncia de la acción del usuario contra la sociedad de *leasing* está permitida por nuestras leyes (artículo 4,2 del Código civil, que se corresponde con el texto del nuevo artículo 6,2 del Código civil). Además, precisa este autor (172), que el usuario conoce el bien que ahora adquiere (mejor incluso que la empresa de *leasing*) por haberlo utilizado a lo largo del contrato de *leasing*, por lo que carece de sentido un «vicio oculto» que no hubiese aparecido durante el transcurso de aquel contrato. Ese mismo tiempo transcurrido hace también prácticamente inexistente el peligro de una evicción.

Santos Briz (173) se refiere a la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por vicios en la cosa cedida. Para que esta característica surta efectos en nuestro ordenamiento es preciso tener en cuenta la fisonomía del elemento natural de la compraventa que tiene en el Código civil la responsabilidad del vendedor o del arrendador por vicios ocultos (artículos 1.484 y siguientes en relación con el 1.553).

Con sentido crítico, De la Cuesta Rute (174) afirma que al negarse al usuario el ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa (175), se reduce hasta volatizarse el sentido técnico de la subrogación o delegación. Además, entiende que no sólo se trata de una derogación del régimen de arrendamiento en materia dispositiva, sino algo más importante. Porque quiere llevarse hasta sus últimas consecuencias que la pérdida o imposibilidad de usar la cosa no influya en ningún modo en la obligación del usuario de pagar el precio. El que en todo caso se quiera mantener la obligación del usuario de pagar el precio, sean cuales sean las circunstancias que concurran en el goce de la cosa, incide terminantemente en la esencia del negocio.

F) *Opinión personal.*—A nuestro juicio, cuando los bienes entregados al usuario presentan vicios ocultos, la remisión del artículo 1.553 del Código civil a la normativa del mismo sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa sirve para solucionar la cuestión. El artículo 1.485 del Código civil justifica que la sociedad de *leasing* no responda por los vicios ocultos de la cosa entregada, si así lo ha es-

(171) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, pp. 52 y 221.

(172) MARTÍN OVIEDO, *El leasing...*, p. 221, nota 40.

(173) SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, IV, p. 171.

(174) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al leasing...*, p. 577.

(175) En las condiciones generales del *leasing* no se permite al usuario resolver el contrato celebrado por la sociedad de *leasing* con el suministrador de los bienes.

tipulado con el usuario. Este artículo establece, sin embargo, un importante límite a la validez de este pacto: la sociedad de *leasing* debe ignorar la existencia de los vicios o defectos ocultos en el momento que celebró el contrato de *leasing* financiero. El carácter marcadamente imperativo del inciso final del artículo 1.485 se infiere de su propio tenor literal y de sus antecedentes históricos. En el Derecho común se excluye la eficacia del pacto de renuncia a las acciones de saneamiento, cuando el vendedor conoce o debiera conocer la existencia de vicios en la cosa y guarda silencio. En este sentido, Partida 5,5,63 y 64 y Partida 5,8,14.

Aunque el párrafo 2.º del artículo 1.485 se refiere expresamente al dolo del vendedor (conocimiento de los vicios ocultos y no comunicación al comprador), el dolo ha de equipararse en este caso a la culpa lata. El citado artículo ha de aplicarse cuando el vendedor ha desconocido la existencia del vicio por culpa lata. Esta solución tiene, como hemos señalado, un importante apoyo en Las Partidas y en la doctrina que las interpreta. Hermosilla (176) pone de relieve que, a efectos de la indemnización de daños y perjuicios, el vendedor que asegura lo que ignora, se encuentra en situación semejante a la del vendedor que silencia al comprador los vicios de la cosa que conoce (*indolo est qui asserit id quod ignorat*). Lo mismo sucede cuando el vendedor ignora los vicios de la cosa por ignorancia crasa o supina (177).

No valdrá a la sociedad de *leasing* alegar que el usuario tiene una acción directa contra el suministrador de los bienes, en virtud de la subrogación convencional en los derechos de la sociedad de *leasing* para exigir las responsabilidades en que haya podido incurrir el suministrador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.487, si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador. Por idéntica razón, se aplicará siempre el párrafo 2.º del artículo 1.488: si la sociedad de *leasing* obró de mala fe, deberá abonar al usuario los daños e intereses.

Tan sólo en el marco señalado puede entenderse lícita la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por vicios ocultos en los bienes; ahora bien, si ésta puede exonerarse de responsabilidad en los términos señalados, no es evidente que, además, pueda exigir al usuario el pago de la *totalidad* de las mensualidades no vencidas. Téngase en cuenta que es esencial al arrendamiento que el arrendatario sólo abone los alquileres cuando goza de los bienes, y, además, nuestro ordenamiento jurídico no autoriza los enriquecimientos sin causa. Por consiguiente, pensamos que, de acuerdo con los criterios de control de las condiciones generales de los contratos, la sociedad de

(176) HERMOSILLA, *Notae, additiones et resolutiones ad glosas legum Partitarum D. Gregorii Lopeti*, Ginebra (1726), P. 5. 5. 63, núm. 6, p. 852.

(177) HERMOSILLA, *Notae...*; P. 5. 5. 64, nn. 22 y 23, p. 857. Una amplia referencia en MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1980, III, pp. 616 ss.

leasing sólo puede exigir válidamente el pago de las mensualidades no vencidas si el usuario se ha subrogado en su lugar y puede ejercitar contra el suministrador las acciones que le corresponden a la sociedad de *leasing*. A fin de evitar cualquier enriquecimiento injustificado de la sociedad de *leasing*, hay que entender que ésta sólo tiene derecho a recibir la *totalidad* de las mensualidades no vencidas cuando prospera la acción ejercitada por el usuario frente al suministrador, y éste recibe una indemnización que le permite abonar a la sociedad de *leasing* dichas mensualidades. Naturalmente, el usuario habrá de actuar diligentemente al dirigirse contra el suministrador. Como ha entendido la jurisprudencia alemana, si el usuario no hace uso de los derechos de garantía que le han sido cedidos, o lo hace tardíamente, continúa obligado, a pesar de presentar vicios los bienes entregados al usuario, a pagar los plazos pendientes.

En los términos descritos puede admitirse, sin problemas, la validez de la tan citada cláusula de las condiciones generales; no parece contraria a la buena fe y la conmutatividad del tráfico. Pensamos que tampoco ocasiona un enriquecimiento injustificado de la sociedad de *leasing* o del usuario.

En relación con la evicción, si el usuario es privado de los bienes cedidos en *leasing* financiero, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la celebración del *leasing*, el párrafo último del artículo 1.475 del Código civil, que se aplica al arrendamiento por la remisión que hace el artículo 1.553 a las disposiciones sobre saneamiento en la compraventa, parece admitir la licitud de las cláusulas de las condiciones generales que exonera de toda responsabilidad a la sociedad de *leasing*. Esta y el usuario pueden suprimir convencionalmente la obligación de saneamiento por evicción. Sin embargo, tal pacto no es lícito si la sociedad de *leasing* hubiese actuado de mala fe (artículo 1.476 del Código civil). También es muy importante tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1.477 del Código civil: sólo cuando el usuario hubiera hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias, llegado que sea el saneamiento, deberá la sociedad de *leasing* entregar únicamente el precio que tuviese la cosa cedida al tiempo de la evicción.

En el caso de evicción puede considerarse lícita la exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* en los términos que hemos señalado. El problema surge en torno a la licitud de la cláusula que faculta a la sociedad de *leasing* para exigir, a pesar de la evicción, la totalidad o la mayor parte de las mensualidades pendientes. Pensamos que ha de evitarse cualquier enriquecimiento injustificado de la sociedad de *leasing* y, por tanto, debe acogerse una solución análoga a la expuesta en relación con los vicios ocultos en los bienes financiados.

5. *El usuario soporta el riesgo del deterioro o del perecimiento fortuito de los bienes* (178).

(178) Referencia en MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, pp. 167, 196.

A) *La tesis de Giovanoli*.—Señala este autor (179) que si la sociedad de *leasing* acepta limitar el ejercicio de sus prerrogativas de propietario (el usuario es el que goza de los bienes), es lógico que, en contrapartida, el usuario asuma el conjunto de los riesgos y cargas que se relacionan con los bienes. La citada cláusula está plenamente justificada, si se considera al *leasing financiero* como un préstamo acompañado de una venta en garantía. En cambio, es muy problemático justificarla si es calificado como arrendamiento; en la lógica del arrendamiento, es incomprensible.

No han faltado autores y Tribunales suizos que han cuestionado la validez de la mencionada cláusula. Giger (180) entiende que no puede justificarse en el marco del arrendamiento, que se caracteriza porque el pago de las mensualidades depende del goce efectivo de los bienes arrendados. En parecido sentido, el Tribunal Comercial de Zürich (181) pone en duda su validez, porque se trata de un riesgo típicamente unido a la propiedad de los bienes.

B) *Derecho alemán*.—Algunos autores y sentencias justifican también la citada cláusula. A diferencia de Giovanoli, parten de la naturaleza arrendaticia del *leasing financiero*. Flume (182) la justifica, diciendo que estamos ante un arrendamiento de bienes productivos, lo que determina que el riesgo de su pérdida o deterioro (*Sachgefahr*) deriva fundamentalmente del uso que se haga de los mismos. La conexión entre uso y riesgo determina que éste deba ser soportado por el usuario, pues es el que utiliza los bienes y tiene, por consiguiente, un auténtico *Sachinteresse*. Flume precisa que está plenamente justificado que la sociedad de *leasing* tenga derecho a exigir al usuario el capital invertido, aumentado con los intereses y gastos, pero el usuario no está obligado a indemnizar a la sociedad de *leasing* de la ganancia que deje de obtener (*Gewinnanspruch*).

La tesis de Flume es aceptada por otros autores. Reich (183) la acepta en un comentario a las sentencias del *Landgericht* de Koblenz, de 6 de febrero de 1973, y del *Landgericht* de Aushurg, de 10 de noviembre de 1972. En un trabajo posterior (184), apunta que la solución correcta del problema debe situarse en el marco de la relación trilateral (sociedad de *leasing*, usuario y suministrador) que existe en el *leasing financiero*. Si los bienes perecen o se deterioran con anterioridad a la aceptación del riesgo por el usuario, el mismo no debe

(179) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 399-400.

(180) GIGER, *Leasingvertrag. Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Bern, 1977, pp. 163-164 y 170-173.

(181) Cfr. Schweizerische Juristen-Zeitung, 1977, pp. 320-326, y el comentario de GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, pp. 345-348.

(182) FLUME, *Das Rechtsverhältnis...*, pp. 3 ss.; también en *Der Betrieb*, 1972, pp. 56-58, y en REICH, *Anmerkung zu LG Koblenz 6. 1973 und LG Aushurg 10.11.1972*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 1617, que reproduce su opinión.

(183) REICH, *Anmerkung...*, p. 1617.

(184) REICH, *Leasing*, en *Vertragsschuldverhältnisse*, München, 1974, pp. 74-75.

ser soportado por éste. Después de dicha aceptación, el riesgo recae sobre el usuario, puesto que lo ha aceptado. Para Reich, el carácter neutral de esta distribución del riesgo determina su justificación, aunque la solución se aparte de la regulación del BGB sobre el contrato de arrendamiento.

Publicada la *AGB-Gesetz*, la tesis de Flume sigue siendo aceptada por algunos autores. Putzo (185) menciona a este autor, y señala que la sociedad de *leasing* soporta el *Sachgefahr*. Para Kumer (185 bis), el usuario soporta el riesgo empresarial; la sociedad de *leasing* el riesgo del crédito.

En el terreno jurisprudencial, la sentencia del *Landgerichts* de Koblenz de 6 de febrero de 1973 (186) se pronuncia en términos semejantes a los de Flume. La sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de noviembre de 1976 (187), que contempla el supuesto de destrucción de un vehículo, que se había entregado en *leasing*, por la acción de un tercero, acepta la solución mencionada, señalando que el contrato de *leasing* se aproxima a la venta a crédito en lo concerniente al régimen de riesgos. Sin embargo, si la sociedad de *leasing* percibe una indemnización de un tercero (los bienes están asegurados) a consecuencia de la destrucción de los bienes entregados en *leasing*, debe ser reducida proporcionalmente la suma que debe pagar el usuario a la sociedad de *leasing*. En parecido sentido, Emmerich (188) menciona las sentencias del *Oberlandesgericht* de Frankfurt, de 3 de julio de 1976, y del *Oberlandesgericht* de Hamm, de 19 de enero de 1978.

En contra de la opinión dominante, Ebenroth (189), de acuerdo con la *AGB-Gesetz*, ha afirmado que esta cláusula es ineficaz cuando el usuario no es comerciante.

La sentencia del *Oberlandesgericht* de Bamberg, de 14 de enero de 1970, anteriormente citada (190), tampoco justifica cláusulas como ésta.

También es digno de destacar que algunos autores destacan que esta cláusula no puede justificarse si se califica al *leasing* como arrendamiento (191). Emmerich (192) afirma que la compraventa y el arrendamiento se distinguen en la solución del problema de la asunción del riesgo de la pérdida o del deterioro fortuito de los bienes. La

(185) PUTZO, en PALAND, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, par. 535, p. 490.

(185 bis) KUMMER, en SOERGEL..., p. 64.

(186) En *Neu Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 706.

(187) En *Juristische Schulung*, 1978, con un comentario de EBENROTH, *Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Rechtsgeschäfts ischen Miete und Kauf*, BGH-Betr., 1977, 395, pp. 588-594.

(188) EMMERICH, en STAUDINGER..., p. 655.

(189) EBENROTH, *Inhaltliche...*, p. 114.

(190) En la nota 105.

(191) *Cfr.*, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, II, München, 1977, pp. 411-41; BORGRAFE, *Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut. Finanzierungsleasing als Kreditgeschäfts*, Köln, 1976, pp. 7-73; KLAAS, *Die Risikoverteilung bei neuen Finanzierungsmethoden*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 1507; EMMERICH, en STAUDINGER..., p. 655.

(192) EMMERICH, en STAUDINGER..., 655.

asunción del riesgo por el usuario se opone al significado del arrendamiento. Por ello, si se entiende que el *leasing* financiero es un arrendamiento, debe considerarse insólita la cláusula que determina dicha consecuencia y, de acuerdo con el parágrafo 9 de la *AGB-Gesetz*, ha de afirmarse su ineficacia.

Pape-Richter y Hannes (193) destacan que si el *leasing* financiero fuese un arrendamiento, la sociedad de *leasing* recibiría unas ventajas que no pueden defenderse. Sólo puede justificarse que el usuario soporte todos los riesgos, si es considerado como cuasi-propietario de los bienes.

C) *Derecho italiano*.—Tabet (194) es el autor italiano que con mayor énfasis justifica la citada cláusula. La asunción del riesgo por el usuario se justifica porque éste es el que utiliza los bienes.

Clarizia (195) opina que si los bienes perecen o se deterioran, no desaparece la obligación del usuario de pagar a la sociedad de *leasing* los pagos no vencidos. Esto es convincente, porque, de un lado, los bienes sustituyen al dinero (y, por tanto, no puede producirse imposibilidad sobrevenida en la restitución), de otro, el *leasing* es un contrato de financiación (la regla que aparece en los contratos de *leasing* es similar a la del artículo 1.818 del Código civil italiano sobre el mutuo).

Calandra (196) destaca que la citada cláusula está en evidente contraste con la disciplina legal del arrendamiento (artículo 1.588 del Código civil). Sin embargo, no desnaturaliza el núcleo esencialmente arrendaticio del *leasing* financiero, porque no introduce un elemento que desequilibre las prestaciones y que, por tanto, excluya la posibilidad de reconducir el contrato al tipo del arrendamiento, si es verdad que el principio *res perit domino* no es siempre idóneo para interpretar la disciplina legislativa del riesgo contractual.

En contra de la admisibilidad de esta cláusula, Buonocore (197) considera discutible la posibilidad de que el usuario sea el que deba soportar el riesgo, sobre todo en relación con el *leasing* de inmuebles. No puede ser excluida su ineficacia. Sin embargo, no desnaturaliza el carácter arrendaticio del contrato.

Como sucede en Alemania, algunos autores italianos (198) consideran que esta cláusula no puede justificarse en el marco del arrendamiento.

D) *Derecho francés*.—Con la excepción de Parleani (199) y algún

(193) PAPE-RICHTER y HANNES, *Nature juridique du contrat du leasing pour les navieres*, en *Droit maritime français (Droit Compare)*, 1973, 2.ª parte, 1973, p. 458.

(194) TABET, *La locazione di beni strumentali...*, p. 93.

(195) CLARIZIA, *Alcune considerazioni...*, p. 472.

(196) CALANDRA, *Orientamenti...*, pp. 211-212.

(197) BUONOCORE, *La locazione finanziaria...*, p. 93.

(198) Cfr., GARGIULLO, *Aspetti giuridici...*, p. 44; BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto civile italiano* de VASSALLI, Vol. 7-1, Torino, 1972, p. 55.

(199) PARLEANI (*Le contrat de lease-back...*, p. 711) apunta que el usuario

otro autor, la doctrina francesa ha puesto en duda la validez de esta cláusula, o ha protegido adecuadamente al usuario, teniendo en cuenta que los bienes están asegurados. Destaca la autorizada opinión de Coillot (200). Señala que el artículo 1.722 del Código civil francés ofrece al usuario la posibilidad de escoger entre la rescisión del arrendamiento o la disminución del precio de alquiler. La sociedad de *leasing* exige al usuario que renuncie a la rescisión del arrendamiento o a la disminución del alquiler, en caso de destrucción por caso fortuito o hecho de un tercero. Sin embargo, piensa Coillot que esta hipótesis limita la obligación de la sociedad de *leasing* de hacer disfrutar al usuario de la cosa, pudiendo ésta desaparecer, sin que la obligación del usuario de pagar el precio del alquiler se extinga, ni siquiera parcialmente, lo cual, en nuestra opinión, es difícilmente admisible.

R. y J. Savatier y Leloup (201) han señalado que diversas sentencias de los Tribunales aprecian en esta limitación de los riesgos un esfuerzo de dominación económica de las sociedades de *leasing*.

Bey (202) afirma que pueden presentarse dos situaciones: si el usuario no ha asegurado los bienes financiados, el contrato se entiende resuelto de pleno derecho por aplicación de las normas de Derecho común (artículos 1.722 y 1.741 del Código civil), pero el usuario es responsable, puesto que existe violación del contrato en *leasing* en lo concerniente a la obligación de aseguramiento. Será, en consecuencia, condenado por el Tribunal a pagar una suma representativa del valor de la cosa arrendada y, además, deberá abonar a la sociedad de *leasing* la suma fijada en la cláusula penal contractualmente establecida (el pago de las mensualidades restantes). Si, por el contrario, el usuario ha asegurado la cosa contra todo tipo de riesgos, se encuentra desligado frente a la sociedad de *leasing*; la compañía aseguradora le sustituye en el pago de las indemnizaciones debidas.

E) *Derecho español*.—No existen sentencias de los Tribunales que aborden el problema que analizamos; en cambio, son bastantes los autores que justifican la tan citada cláusula. López Iranzo (203) entiende que la traslación de riesgos... constituye una de las características esenciales del *leasing*, congruente con las distintas vocaciones, financiera y técnica, de las partes. Ello supone una derogación de las normas generales en materia de arrendamiento, efectuada al amparo de la libertad de pactos.

Sagrerá y Martorell (204) justifican todas las cláusulas que exoneran de responsabilidad y descargan de riesgos a la sociedad de *leasing*, pues ésta, en cualquier caso, puede exigir al usuario la totalidad de

es el guardian de los bienes, lo que justifica que sea responsable frente a la sociedad de *leasing* de los deterioros que sufran éstos, cualquiera que sea su causa.

(200) COILLOT, *Initiation...*, pp. 160-161.

(201) R. y J. SAVATIER y LELOUP, *Droit des Affaires*, París, 1977, p. 74.

(202) BEY, *De la symbiotique...*, pp. 190-191.

(203) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 313.

(204) SAGRERA y MARTORELL, *Hacia un mayor conocimiento...*, pp. 564-568.

las mensualidades. Nótese que no estamos en presencia de una cláusula leonina o injusta, impuesta por la sociedad de *leasing* a sus clientes, sino que viene derivada de las obligaciones que nacieron de la solicitud formulada por el cliente a la sociedad de *leasing*. Es equitativo y justo que el usuario soporte los riesgos y responsabilidades, ya que él ha sido quien ha escogido el objeto del arriendo, que no fue fabricado por la sociedad de *leasing*, y que sólo devino propietario del objeto a petición del usuario.

Señala Vidal Blanco (205) que la validez de esta cláusula se justifica en la suscripción de un seguro del equipo por el usuario, el cual al hacerse a nombre de la empresa de *leasing* como beneficiaria, permite la reposición inmediata del equipo en cuestión, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago de un arrendamiento que no tuviese la contrapartida del uso del bien arrendado.

El equipo formado por Iglesias Prada, bajo la dirección de Menéndez (206), pone de relieve la conexión de la cláusula de asunción del riesgo por el usuario y la contratación de un seguro para la cobertura de tal riesgo.

No faltan autores que ponen en duda la licitud de la cláusula. Viña Magdaleno (207) entiende que es injusto que sin ser propietario (el usuario) soporte todos los riesgos. Este autor piensa que esta cláusula de las condiciones generales es uno de los inconvenientes mayores que presenta el *leasing* financiero.

Rico Pérez (208) señala que la validez de esta cláusula es dudosa, ya que llevaría al absurdo de pagar por el uso de una cosa que había desaparecido.

Finalmente, De la Cuesta Rute (209) puntualiza que no sólo se trata de una derogación del régimen del arrendamiento en materia dispositiva, sino de algo más importante. Porque quiere llevarse hasta sus últimas consecuencias que la pérdida o imposibilidad de usar la cosa no influye en ningún modo en la obligación del usuario de pagar el precio. El que en todo caso se quiera mantener inalterada la obligación del arrendatario (el usuario) de pagar el precio, sean cuales sean las circunstancias que concurran en el goce de la cosa, incide terminantemente en la esencia del negocio.

F) *Opinión personal.*—De acuerdo con el artículo 1.568 del Código civil, que contemple el problema de la pérdida de la cosa arrendada sin culpa del arrendatario, es indudable que dicha pérdida motiva la extinción de la relación arrendaticia (210). Así se deduce

(205) VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 119.

(206) El equipo formado por IGLESIAS PRADA, bajo la dirección de MENÉNDEZ, *Derecho Mercantil...*, p. 98.

(207) VIÑA MAGDALENO, *El «leasing»...*, p. 258.

(208) RICO PÉREZ, *Uso y disfrute...*, p. 62.

(209) CUESTA RUTE, *Reflexiones en torno al «leasing»...*, 582 ss.

(210) En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 396; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XX-1.º, dirigidos por ALBALADEJO, pp. 452 ss., y la generalidad de la doctrina. En igual sentido nuestra jurisprudencia: la sen-

de la remisión que hace el artículo 1.568 al 1.182 del Código civil. Esta interpretación se acomoda a los antecedentes históricos de los citados artículos. En relación con el artículo 1.499 del Proyecto de 1851, que coincide sustancialmente con el artículo 1568 de nuestro Código civil, García Goyena precisa que es una consecuencia o aplicación de las reglas generales a que se refiere, y por esto ha sido suprimido en algunos Códigos: arriendo se resuelve y extingue como las demás obligaciones. El artículo 1.741 del *Code de Napoleón*, que fue tenido en cuenta por nuestros codificadores, establece que «*le contrat de louage se resout par la perte de la chose louée*». En el comentario al párrafo 1 del artículo 1.160 del Proyecto de 1851, que coincide con el artículo 1.180 de nuestro Código civil, García Goyena afirma que «para la validez de un contrato es requisito indispensable que haya materia u objeto, según el artículo 985: pereciendo, pues, la cosa que era materia del mismo, se extingue necesariamente la obligación, salvo que ésta, en los casos del párrafo 2.º, se convierte en la de indemnización.

Al haberse extinguido la relación arrendaticia por una causa que no es imputable al arrendatario (por caso fortuito o fuerza mayor), lo lógico es que el arrendatario quede liberado de la obligación de pagar al arrendador las mensualidades no vencidas. Esta solución está en consonancia con el carácter bilateral del arrendamiento, pues la causa del pago de la merced arrendaticia se encuentra en el goce de los bienes arrendados. Si esto es así, choca extraordinariamente con lo afirmado que, en el *leasing* financiero, el usuario (arrendatario) deba seguir pagando a la sociedad de *leasing* las mensualidades, no pudiendo gozar de los bienes que constituyen el objeto del contrato, porque han perecido por caso fortuito o fuerza mayor. El usuario soporta las obligaciones que derivan del contrato, ya que debe seguir pagando las mensualidades y, sin embargo, no goza de los bienes que son el objeto del contrato. Nótese que al no poder gozar el usuario de los bienes falta la causa que justifica el pago de las mensualidades (cfr. artículo 1.274 del Código civil, que se refiere a la causa de los contratos onerosos). Planteada de esta forma la cuestión, parece, a primera vista, que tienen razón los autores que ponen en duda la validez de la citada cláusula, por ser contraria a la propia esencia del contrato de arrendamiento, del que derivan obligaciones para ambas partes (el arrendatario está obligado a pagar la renta porque goza de los bienes arrendados); o bien, tienen razón aquellos autores que afirman que el *leasing* financiero es un contrato *sui generis* o una compraventa, ya que el usuario soporta el riesgo del perecimiento de la cosa como si fuese el propietario (*res perit domino*). Sin embargo, nosotros pensamos que, al pensar de la manera citada, no se tiene en cuenta algo muy importante: en las condiciones generales del *leasing* financiero, se prevé el

tencia de 3 de marzo de 1958 declara que al perecer por caso fortuito la cosa arrendada, el contrato quedó resuelto de pleno derecho, por ser éste el objeto esencial para su existencia, conforme a lo establecido en el artículo 1.568, en relación con 1.182 y 1.183 del Código civil.

aseguramiento de los bienes. Con acierto, Vidal Blanco, el equipo formado por Iglesias Prada, bajo la dirección de Menéndez, Bey y otros autores, tienen en cuenta esta circunstancia. La validez de la citada cláusula y su sentido en el marco de la calificación arrendaticia del *leasing* financiero, se justifica, como dice Vidal Blanco, en la suscripción del seguro de los bienes por el usuario, el cual al hacerse a nombre de la sociedad de *leasing* como beneficiaria, permite la reposición de los bienes en cuestión, evitándose la situación de que se mantenga la obligación de pago de un arrendamiento que no tiene la contrapartida del uso de los bienes arrendados. En nuestro país, podemos citar para evidenciar lo que acabamos de decir, la siguiente cláusula de las condiciones generales de Uninter: «El cliente asume todos los riesgos de daños y de pérdida total o parcial del material, cualquiera que sea la causa a que respondan, incluso el caso fortuito. Para garantizar a Uninter la eventual realización de la responsabilidad que asume el cliente, se concertará a cargo de éste, y a satisfacción de Uninter, una póliza de seguros que cubra aquellos riesgos... En caso de que no quedara enteramente cubierto por la póliza de seguro, el cliente debe completar a sus expensas la *sustitución del material siniestrado*... En caso de insuficiencia en la indemnización pagada por la compañía de seguros por un siniestro parcial, el cliente se obliga a completar a sus expensas la completa reparación de material...».

Esta cláusula y otras similares que podríamos mencionar, evidencian que lo recibido de la entidad aseguradora se ha de destinar obligatoriamente a la reposición de los bienes siniestrados. Estructurado de esta manera el negocio, parece indudable que, en tanto no se produzca la reparación de los bienes siniestrados, no puede reclamarse al usuario que abone las mensualidades. El carácter arrendaticio del *leasing* financiero motiva que el usuario sólo debe pagar éstas, cuando goza de los bienes.

6. *La falta de pago puntual de alguna mensualidad justifica la resolución del contrato de «leasing» financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas* (211).

A) *La tesis de Giovanoli*.—En el caso señalado, este autor (212) no pone ninguna dificultad a la plena validez de la resolución del contrato de *leasing* financiero y a la devolución de los bienes a la sociedad de *leasing*; los problemas surgen en torno a la justificación del pago inmediato de una parte importante de las mensualidades no vencidas. Estamos en presencia de una cláusula penal, lo que determina que, al ser el *leasing* financiero una especie de garantía real, deba examinarse desde una nueva perspectiva: la prohibición del pacto comisorio. Se sabe que la mayor parte de las legislaciones establecen la nulidad de la

(211) Referencia en MARTÍN OVIEDO (*El «leasing»...*, pp. 160, 171, 190 y 197), que recoge las condiciones generales de las principales sociedades de *leasing* españolas.

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

cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse de la cosa entregada en garantía, cuando el deudor no cumple su obligación. A menos que queramos negar la función de garantía real del *leasing* financiero, la aproximación de la citada cláusula al pacto comisorio es indudable.

En el Derecho italiano, Glarizia (213), que como hemos visto califica al *leasing* financiero de la misma manera que Giovanoli, plantea el problema de una manera similar. Alude a la posibilidad de aplicar la prohibición del pacto comisorio, sancionado por los artículos 1.963 y 2.744 del Código civil italiano, al *leasing* financiero. Este autor soluciona el problema planteado, diciendo que no puede aplicarse indiscriminadamente el pacto comisorio, puesto que esto comporta el riesgo de declarar nulos unos contratos (los de *leasing*) que operan en la práctica con notable utilidad para la economía.

B) *Derecho francés*.—Se observa una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, en torno a la validez de la referida cláusula. Existen opiniones divergentes en este punto y en lo referente a la posibilidad del juez de moderar el *quantum* de la pena convencional. Es necesario examinar separadamente ambas cuestiones jurídicas. a) *El problema de la validez de la citada cláusula*.—Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha rechazado su pretendido carácter leonino o usurario. Bey (214), director de los servicios jurídicos del grupo «*Locafrance*», es el autor que con mayor énfasis trata de demostrar que esta cláusula no tiene carácter leonino o usurario. Señala que no puede aplicarse al *leasing* financiero, como se ha pretendido, lo dispuesto por el artículo 1.855 del Código civil francés, que prohíbe la atribución de la totalidad de los beneficios a uno de los socios y que uno sólo de éstos soporta el conjunto de las pérdidas. Señala Bey que este artículo traduce la colaboración de dos o más socios que ponen en común alguna cosa para repartirse las ganancias que puedan obtenerse. El citado artículo es perfectamente lógico en el contrato de sociedad, pero en un contrato sinalagmático, donde la prestación de uno justifica la del otro, no puede existir colaboración, ni acción común dirigida a un mismo fin. Por este motivo no puede entenderse que la citada cláusula es leonina. En apoyo de esta tesis, Bey cita la doctrina de las sentencias de los Tribunales de Gran Instancia de Seine, de 5 de abril de 1965, y del Havre, de 5 de junio de 1969. Trata igualmente de rebatir lo afirmado por el Tribunal de Comercio de Versailles, en la importante sentencia de 15 de enero de 1969. Esta sentencia afirma que es un contrato leonino, puesto que es una convención que procura todas las ventajas a una de las partes (la sociedad de *leasing*), recibiendo la otra una compensación insignificante. Por consiguiente, debe ser rechazado que unas sociedades poderosas, como son las que practican el *leasing*, impongan condiciones muy gravosas a empresarios que tienen necesidad de obtener un material apropiado a sus necesidades y no son suficientemente conscientes de las consecuencias de la posible insolvencia fu-

(213) CLARIZIA, *Alcune considerazioni...*, p. 472.

(214) BEY, *De la symbiotique...*, pp. 204-206.

tura. En conclusión, la aplicación íntegra del contrato, calificado de leonino, procuraría a «Locafrance» (la sociedad de *leasing*) un enriquecimiento sin causa, puesto que recibiría, por el juego de la cláusula, el pago de las máquinas y además su propiedad.

Bey va a tratar de rebatir cada uno de los argumentos de la sentencia. El cliente no es una víctima del poder financiero de la sociedad de *leasing*. Es necesario recordar que la clientela es numerosa y variada. Al generalizar, el Tribunal ignora el comportamiento real de las sociedades de *leasing*, que suelen reducir el montante de la indemnización, a la cual dan el carácter de garantía de la buena ejecución del contrato. Tampoco debe olvidarse que el material que ha de restituirse tiene generalmente un valor muy escaso. Al afirmar que las sociedades de *leasing* imponen unas condiciones de muy graves consecuencias, desconoce este Tribunal la existencia del contrato, en el cual las partes definen las condiciones particulares y derogatorias de las disposiciones legales de mutuo acuerdo, teniendo el arrendatario (el usuario) la posibilidad de proponer la reducción e incluso la supresión pura y simple de la cláusula penal. En fin, es exorbitante, bajo pretexto de inequidad, el pretender que la sociedad de *leasing* tenga que soportar las consecuencias de la culpa de su contratante (el usuario), cuando ha ejecutado de la manera convenida sus obligaciones, al entregar la cosa arrendada, después de haber pagado el precio (al suministrador) y asegurado un goce apacible de ésta.

Malaurie (215) critica la doctrina de la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 4 de marzo de 1971, y la opinión de Boccara (216), que afirma que la citada cláusula carece de causa. Según el razonamiento de este autor —afirma Malaurie—, cuando la sociedad de *leasing* resuelve el contrato, conserva sus derechos, pues el usuario sigue obligado a pagarle las mensualidades no vencidas bajo la forma de indemnización, mientras que el usuario pierde sus derechos, ya que restituye el material que gozaba, conservando sus obligaciones (el pago del alquiler). En realidad, la obligación del usuario carece de causa, pues él paga sin contrapartida.

Malaurie considera poco convincente la argumentación de Boccara. Este autor parte de unas premisas erróneas, que, además, conducen a un resultado peligroso a) Cuando son idénticos el montante de la indemnización debida en concepto de cláusula penal y el de las mensualidades no vencidas, existe en ellos una diferencia de naturaleza que no es sólo un artificio de redacción, sino de causa: el primero es debido por la ejecución del contrato; el segundo, por su inejecución. El alquiler tiene su causa en el goce del material (se podría decir que tiene su causa en el contrato); la indemnización tiene su causa en la resolución (se podría decir que tiene su causa en la cláusula penal). Por ello, la pena puede acumularse con la resolución, porque el acree-

(215) MALAURIE, *Note sous Paris, 4 mars 1971*, en Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 582-585.

(216) BOCCARA, *La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'art. 1231 C civ.*, en *Juris Classeur Périodique*, 1970, I, 2294.

dor (la sociedad de *leasing*) puede experimentar un perjuicio por la propia resolución (*cfr.* art. 1.184). La única cuestión consiste en determinar si esta pena puede ser igual al montante de la ejecución. ¿Por qué no? Puede suceder que los daños y perjuicios sean establecidos por el juez en igual montante que el de la prestación inejecutada; b) En sus resultados, la tesis citada es peligrosa. De una parte, determina la nulidad de la cláusula penal por falta de causa, mientras que lo deseado es la moderación de la pena convencional excesiva. De otra parte, no se limita a las cláusulas penales abusivas, sino que implica una expansión considerable del controla judicial. No obstante, el principio de nuestro Derecho es el de que las partes fijan libremente el contenido de su contrato; ellas son las que determinan las causas de sus obligaciones, es decir, el peso y el contrapeso de sus vínculos, o sea, ellas son los únicos jueces de sus intereses.

En el comentario a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 9 de octubre de 1972 (217), Malaurie expone un punto de vista semejante al de Bey, cuando rechaza el argumento sociológico de que las poderosas sociedades de *leasing* imponen unas cláusulas penales draconianas a sus clientes; éstas son el medio —se dice— a través del cual el «grande» tiene a su merced al «pequeño». Piensa este autor que esto no es siempre cierto; a veces, el cliente de la sociedad de *leasing* es un empresario importante, que puede perfectamente defender sus intereses; también sucede que está garantizado por un banco, que soporta la pena, e incluso, a veces, la cláusula penal se estipula en interés del contratante más débil.

La mayor parte de los Tribunales franceses han negado que la citada cláusula tenga carácter usurario. En este sentido, las sentencias de la Corte de Casación de 22 de mayo de 1967, 10 de octubre de 1967, 12 de abril de 1972 y de otros Tribunales inferiores, como el Tribunal de Gran Instancia de Havre, que pone de relieve, en la sentencia de 5 de junio de 1969, que el *leasing* no es un préstamo, sino un arrendamiento, por lo que la legislación de la usura no le es aplicable.

Frente a la tesis descrita, se ha destacado que la aplicación de esta cláusula determina que el usuario se encuentre en una situación dramática, ya que debe abonar anticipadamente una parte importante de las mensualidades no vencidas —suma de dinero muy elevada—, y además es privado de los bienes que constituyen el elemento básico de su actividad productiva. Por ello, como hemos visto, algunos autores y sentencias han afirmado que la citada cláusula tiene carácter leonino o usurario. En este sentido, Boccara, cuya opinión ya hemos reproducido, Chabas (218) que destaca la aparición de nuevos contratos, como el *leasing* y el *renting*, en los que se estipulan cláusulas penales verda-

(217) MALAURIE, *Note sous Cass com*, 9 oct 1972, en Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 730-731.

(218) CHABAS, *La réforme de la clause penal*, en Recueil Dalloz Sirey, *chronique*, 1976, pp. 229-232. También en H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Les Obligations. Théorie Générale*. I. Paris, 1978, p. 757.

deramente leoninas, y Cornu (219). Recuerda este profesor de la Universidad de París a la sentencia del Tribunal de Pau, de 30 de abril de 1970, que establece que las cláusulas abusivas penales pueden ser anuladas por ausencia de causa y violación del artículo 1.184 del Código civil (en el caso en que la enormidad de la pena implique una suerte de acumulación de ventajas de la resolución y de la ejecución integral), o por causa ilícita. Cornu formula los siguientes interrogantes: ¿por qué no ha de acudirse sencillamente al abuso de derecho o al fraude a la ley?; ¿por qué sólo ha de apreciarse el carácter leonino de un contrato en función de la ejecución normal de éste? Es preciso desacralizar la cláusula penal cuando es manifiestamente abusiva. Como dice la sabiduría popular: *trop c'est trop*. Este autor pone de relieve que estamos en presencia de un contrato de adhesión, y que una de las partes goza de una situación de predominio. En un estudio posterior (220), desarrolla esta idea, aludiendo al peligro que entraña el respeto sagrado a la ley de las partes. La supuesta libertad es un mito cuando todas las circunstancias demuestran que la cláusula («penal») no procede de un libre debate, sino de la adhesión forzosa del arrendatario a la ley del arrendador; en este caso, existe una falta de libertad que pesa sobre el derecho de resolución del arrendatario y que, asociada a los restantes elementos, puede evidenciar el carácter leonino y excesivo del conjunto.

No faltan sentencias de los Tribunales franceses que adoptan esta solución. Además de la sentencia del Tribunal de Comercio de Versailles, de 15 de enero de 1969, y la sentencia citada por Cornu, pueden mencionarse las sentencias siguientes: la del Tribunal de Gran Instancia de Bergerac, de 26 de marzo de 1969 y las de la Corte de Apelación de París, de 4 de marzo de 1971 y 24 de junio de 1970.

b) *La reducción de la pena convencional por el juez*—El problema que plantea la citada cláusula ha sido enfocado por un sector de la doctrina francesa desde otra perspectiva. Se cuestiona si el juez puede reducir la cuantía de la pena convencional, si estima que tiene carácter excesivo. La mayor parte de los autores y Tribunales que han planteado de esta manera el problema, se han pronunciado con anterioridad a la ley de 9 de julio de 1975, que reformó el texto de los artículos 1.152 y 1.231 del Código civil francés. El artículo 1.231 prevé en su redacción primitiva que «la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación ha sido ejecutada en parte». Bey (221) expone una serie de argumentos en contra de la aplicación de este artículo al *leasing*. Señala que es necesario, para que el poder de moderación del juez pueda ser ejercido, que la obligación sea susceptible de ejecución parcial. Sucede, sin embargo, que el *leasing* financiero

(219) CORNU, *De l'enormité des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail*, en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1971, p. 170.

(220) CORNU, *Tentatives prétoriennes des juges du fond contre les clauses pénales léonines*, en la Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1975, p. 132.

(221) BEY, *De la symbiotique...*, pp. 206-208.

genera una obligación indivisible, pues la economía global de este contrato se opone a una ejecución fragmentada. En rigor, el conjunto de los pagos es debido por el usuario desde el comienzo de la operación, sin que tenga importancia, en este sentido, que su desembolso sea escalonado. Finalmente, afirma que, en realidad, las propias partes han fijado una regla de proporcionalidad de la pena al establecer su montante en relación a las mensualidades pendientes, de tal manera que con cada ejecución parcial de la prestación prometida se reduce este *quantum*, sin ninguna intervención del juez y con perfecta aplicación del artículo 1.134 del Código civil.

Malaurie (222) afirma que el centro de la discusión se encuentra en el artículo 1.231. Este autor parte de la base de que no tiene carácter imperativo, de acuerdo con una jurisprudencia constante. La cuestión reside en saber si esta norma legal es descartada en el *leasing* financiero, porque no existe ejecución parcial (tesis de Bey) o porque las estipulaciones de este contrato descartan su aplicación. Este autor no comparte el punto de vista de Bey, cuando niega la posibilidad de ejecución parcial de la prestación en el *leasing*. Hay ejecución parcial desde el instante en que el acreedor ha realizado una parte de la prestación, lo que sucede en el *leasing* financiero cuando el usuario ha pagado a la sociedad de *leasing* las primeras mensualidades. Para Malaurie, no se aplica el artículo 1.231 del Código civil francés, porque la economía global del *leasing* financiero excluye su aplicación. La cláusula que fija la pena en proporción con el alcance de la inejecución, adapta la pena a la ejecución parcial y, precisamente, aplica el propio mecanismo previsto por el artículo 1.231. La exigencia, además, de una derogación expresa de este texto, sería imponer un formalismo incompatible con el consensualismo de nuestro Derecho y dejar sin sentido la cláusula.

Según Hemard (223), las decisiones de los Tribunales que aplican el artículo 1.231 no son convincentes; basta que las partes excluyan su aplicación para que la cláusula penal tenga pleno efecto.

Coillot (224) señala que la cantidad prevista está fijada desde el origen y no puede, bajo pretexto de inequidad, ser reducida por el juez.

Para Houin (225), la sociedad de *leasing*, que recupera el material alquilado antes de finalizar el plazo de arriendo, se arriesga a no poder revender el material usado, lo que justifica perfectamente una indemnización contractual igual al montante de los alquileres restantes.

En el terreno jurisprudencial, la sentencia de 10 de junio de 1972 de la Corte de Casación (226) establece una doctrina similar a la de

(222) MALAURIE, *Note sous Cass com*, 4 juill 1972, en Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 732-733.

(223) HEMARD, *Pouvoir du juge de réduire ou non la clause pénale stipulée*, en la Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1970, pp. 190-191.

(224) COILLOT, *Initiation...*, p. 180.

(225) HOUIN, *Note Concernant Versailles*, 2 février 1966, en la Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1966, pp. 140-141.

(226) En Recueil Dalloz Sirey, 1972, pp. 728-730, con nota de MALAURIE.

Malaurie. Se afirma en la misma que cuando las partes han previsto expresamente las consecuencias de la inejecución parcial, el artículo 1.231 no es aplicable. En cambio, la sentencia de la Corte de Toulouse de 8 de mayo de 1970 (227), no aplica el artículo 1.231, porque la obligación del usuario es indivisible; no es susceptible de cumplimiento parcial.

Seguramente, la sentencia del Tribunal Comercial de Versailles, de 2 de febrero de 1966 (228), es la decisión que, en esta materia, ha llamado más la atención. Esta sentencia no puso reparos a que una sociedad de *leasing* produjese la quiebra del usuario por el importe elevadísimo de la cláusula penal (la totalidad de los alquileres que quedaban por vencer) y la recuperación del material. Este Tribunal consideró que el juez no está autorizado para revisar el importe de la pena convencional.

Con posterioridad a la Ley de 9 de julio de 1975, que reforma el texto de los artículos 1.231 y 1.152 del Código civil francés, se sigue manteniendo una solución análoga. Dispone el artículo 1.231 que «cuando la obligación ha sido ejecutada en parte, la pena convenida puede ser disminuida por el juez en proporción al interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.152. Toda estipulación en contra debe reputarse no escrita». Establece el nuevo artículo 1.152 que el «juez puede modificar o aumentar la pena antes convenida cuando es manifiestamente excesiva o insignificante. Toda estipulación en contrario debe reputarse no escrita».

Bey (229), en el comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 20 de junio de 1977, que rechaza la tesis del carácter indivisible de la prestación del usuario, vuelve a destacar el carácter indivisible de dicha prestación y, por tanto, la inaplicación de los artículos 1.231 y 1.152 del Código civil.

Los argumentos esgrimidos por Bey, Malaurie y las sentencias citadas, han sido rebatidos con diversos argumentos, antes y después de la publicación de la citada ley de 9 de julio de 1975. Con anterioridad a esta ley, destacan los análisis de Boccara (230) y Cornu (231). En ellos, rechazan categóricamente la afirmación de que el contrato de *leasing* no es susceptible, por su naturaleza, de una ejecución parcial. Concretamente, dice Cornu, excelente jurista francés, que en las relaciones entre deudor y acreedor es adivinatoria, e incluso contradictorio, admitir una indivisibilidad «intelectual», cuando el control prevé el escalonamiento de los pagos, tipo de ejecución parcial en el sentido del artículo 1.231, y que cuando se trate de saber en qué casos la consideración de lo que ha sido parcialmente pagado por el deudor

(227) En *Juris Classeur Periodique*, 1970, II, 16481, con nota de BEY.

(228) En *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1966, pp. 140-141, con nota de HOUTIN.

(229) BEY, en *Juris Classeur Periodique*, 1979, II, 19117.

(230) BOCCARA, *Nota a la sentencia del Tribunal Comercial de Grenoble, de mayo de 1979*, en *Juris Classeur Periodique*, 1970, II, 16155.

(231) CORNU, *De l'enormité...*, pp. 170-171.

puede justificar, de parte del juez, una moderación de la pena, es absurdo asimilar a cero lo que realmente ha pagado el deudor; es decir, fundarse en la pretendida imposibilidad jurídica de una ejecución parcial, para negar la realidad económica patente de un pago efectivo.

Con posterioridad a la Ley de 9 de julio de 1975, este punto de vista ha ganado numerosos adeptos y, sobre todo, ha sido reiteradamente aceptado por la Corte de Casación. Weill y Terré (232) y Carbonnier (233) se refieren al carácter excesivo de las cláusulas penales que aparecen en el *leasing* y en el *renting*. H. J. y L. Mazeaud y Chabas (234) señalan que el reenvío del artículo 1.231 al 1.152 evita claramente que la cláusula penal, incluida en el *leasing* financiero, quede al margen del control judicial. Finalmente, Landraud (235) ha destacado el papel fundamental de la equidad en la solución de este problema. Indudablemente, se tiene el sentimiento de que la equidad es sacrificada cuando se examinan las obligaciones del arrendatario (el usuario). El medio utilizado es el principio de la autonomía privada: los arrendatarios, con conocimiento de causa, aceptan la citada cláusula y, por ello —se dice— no pueden después desconocerla. Frente a este argumento, Landraud formula la siguiente pregunta: ¿Cuántas veces ha intervenido el legislador en la esfera contractual, sin importarle el artículo 1.134, para asegurar la protección de la parte más débil en lo que se ha convenido en llamar «los contratos de adhesión»? Aquí, al contrario, se pone delante el mismo principio para impedir todo control del contrato. Ciertamente, no corresponde a los Tribunales el sustituir al legislador; pero es deseable, en nombre de la equidad, moderar las pretensiones de los arrendadores (las sociedades de *leasing*). Se dice que estos contratos son celebrados por comerciantes que tienen aptitud para proteger sus intereses sin necesidad de los Tribunales, pero no puede olvidarse la extensión considerable del *leasing* o *crédit-bail* a los que están fuera del mundo de los negocios. ¿Quién puede afirmar que un simple particular que celebre un *leasing* para adquirir un automóvil, no es una víctima de este sistema? Según Landraud, las sociedades de *leasing* acumulan demasiadas ventajas, y son necesarios otros argumentos, que los vanamente buscados, para convencernos del carácter equitativo de la operación.

La jurisprudencia francesa, a partir de la Ley de 9 de julio de 1975, afirma reiteradamente el poder de moderación del juez, cuando la cuantía de la cláusula penal es excesiva. En este sentido, la sentencia de la Corte de Casación de 20 de junio de 1977, que rechaza la tesis de la indivisibilidad. Afirma que la obligación que incumbe al usuario de pagar el alquiler es, por naturaleza, divisible y susceptible de ejecución parcial (236).

(232) WEILL-TERRÉ, *Droit Civil. Obligations*, París, 1975, pp. 516-517.

(233) CARBONNIER, *Droit Civil. Obligations*, IV, París, 1976, p. 285.

(234) H. L. y J. MAZEAUD y CHAFAS, *Leçons...*, p. 750.

(235) LANDRAUD, *Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 6 de diciembre de 1978*, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, p. 219.

(236) *En Juris Classeur Périodique*, 1979, II, 19117, con nota de BEY.

C) *Derecho alemán*.—Con anterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, un importante sector de la doctrina alemana justificó la validez de la citada cláusula, diciendo que es una garantía necesaria para la sociedad de *leasing*, que a menudo tiene que solicitar un préstamo para financiar la operación de *leasing* financiero (237). De esta manera se asegura el pago regular de las mensualidades por el usuario (238). Reimer Schmidt (239) ha precisado que esta cláusula sólo puede explicarse por ser una contrapartida a la posibilidad del usuario de adquirir los bienes. Por ello, sólo tiene justificación si se establece un derecho de opción de compra en favor del usuario, o una reglamentación que determine que los bienes, una vez cumplido el plazo establecido y cumplidas las obligaciones por el usuario, pasan al dominio de éste.

Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, la validez de esta cláusula ha sido cuestionada. En el marco de las condiciones generales se ha afirmado su nulidad, por aplicación de los párrafos 9 y 11, cuando el usuario no es comerciante (240). El *Bundesgerichtshof*, en la Sentencia de 5 de abril de 1978 (241), después de descartar la aplicación de la *Abzahlungsgesetz*, de 3 de diciembre de 1976, ha anulado la cláusula de las condiciones generales que confiere a la sociedad de *leasing*, en caso de falta de pago del usuario no comerciante, la doble facultad de exigir inmediatamente la totalidad de las mensualidades que quedan por pagar y de resolver, al mismo tiempo, el contrato, recuperando los bienes financiados. El *Bundesgerichtshof* estima que esta acumulación es inconciliable con el carácter bilateral del contrato de arrendamiento, en el que el alquiler es la contrapartida a la cesión del uso.

No es extraño que diversas sociedades de *leasing* alemanas hayan modificado el tenor de esta cláusula, estableciendo que, en el caso de falta de pago del usuario, la sociedad de *leasing*, que ha resuelto el contrato y recobrado los bienes, tiene derecho a recibir el importe de las mensualidades no vencidas, pero con reducción del producto de la venta de los bienes.

D) *Derecho español*.—En nuestro Derecho, no existe aún jurisprudencia en este punto. En cambio, algunos autores cuestionan la va-

(237) No suelen tener dificultades para obtener dicho préstamo, porque están en íntima relación con las cajas de ahorro y las entidades bancarias. La *deutsche Anlagen-Leasing BmbH, Mainz*, es controlada por los *Gronzen-tralen*; la *Kommanditgesellschaft Allgemeine Leasing, GmbH, Hamburger-München*, depende del *Dresdner Bank*, y la *Deutsche Gesellschaft für Immobilien und Anlagen-Leasing, mbH, Düsseldorf*, es controlada por el *Deutsche Bank* y el *Commerzbank*. La inmensa mayoría de las operaciones de leasing financiero son financiadas casi exclusivamente con créditos bancarios.

(238) FLUME, *Das Rechtsverhältnis...*, pp. 20 ss. También en *Der Betrieb*, 1972, pp. 59-60.

(239) REIMER SCHMIDT, *Rationalisierung und Provatricht*, en *Archiv für zivilistische Praxis*, 1966, p. 11.

(240) EBENROTH, *Inhaltliche...*, pp. 2114-2115 y KUMMER, en *SOERGEL...*, p. 66.

(241) En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, pp. 1432-1434.

lidez de la tan citada cláusula. Martín Oviedo (242) la justifica porque es la contrapartida a los grandes riesgos que asume la sociedad de *leasing*. El hecho de que la sociedad de *leasing* establezca la cuantía de la indemnización, es una ventaja importante (para la sociedad de *leasing*), ya que hurta a la posible discusión ante un Tribunal el importe de tales «daños y perjuicios». Además, esto es consecuencia de un principio que no se articula del mismo modo, ni con una misma intensidad, en los diferentes ordenamientos jurídicos; a saber, el de la exigibilidad de las obligaciones pendientes (anticipación de la exigibilidad, más exactamente) en caso de incumplimiento de la otra previa. Este pacto debe reputarse lícito en nuestro Derecho (ex artículo 1.255 del Código civil).

Vidal Blanco (243) se limita a considerar esta cláusula como «penal», sin cuestionar su licitud.

Según López Iranzo (244), el pacto de exigibilidad de las obligaciones pendientes como indemnización en caso de incumplimiento de otra u otras previas, es un pacto que ha de considerarse lícito al amparo del artículo 1.255 del Código civil.

Finalmente, De la Cuesta Rute (245) pone de relieve que las cuestiones más graves afectan, sin duda, a la condición resolutoria expresa y a las penas convencionales. Al considerar que el *leasing* cumple la finalidad económica de la venta de bienes muebles a plazos, aplica la Ley de 17 de julio de 1965. Esta cláusula está en contradicción con algunas normas imperativas de esta ley (artículo 11).

No existen sentencias, como hemos apuntado, que contemplen y solucionen este problema específicamente. Sólo tenemos conocimiento de la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo que se refiera al *leasing* financiero: la de 28 de marzo de 1978, que comentamos en este ANUARIO (246).

En el ámbito de la venta a plazos es interesante destacar que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1915 (247) señaló que cuando se pacta que de no satisfacer el comprador algún plazo del precio de una maquinaria ésta vuelva al vendedor, perdiendo aquél los plazos entregados y abonando, además, los restantes al completo pago, se trata de una cláusula penal que sustituye a la indemnización de daños y abonos de intereses, siquiera y aun sin petición de las partes y en uso de la facultad que otorga el artículo 1.154 pueda el Tribunal modificar equitativamente la pena concediendo un plazo al comprador para que realice el pago, pasado el cual se aplicará estrictamente la pena.

También merece destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945 (248), que se refiere a la cláusula penal que esta-

(242) MARTÍN OVIEDO, *El «leasing»...*, p. 66, nota 123.

(243) VIDAL BLANCO, *El «leasing»...*, p. 102.

(244) LÓPEZ IRANZO, *Estudio jurídico...*, p. 315.

(245) DE LA CUESTA RUTE, *Reflexiones...*, pp. 615 ss.

(246) Este ANUARIO, 1980, III, pp. 759 ss.

(247) Jurisprudencia civil. Edición Oficial, núm. 151.

(248) Jurisprudencia civil. Edición Oficial, núm. 10.

mos examinando en el supuesto de venta a plazos de inmuebles. Según nuestro Tribunal Supremo, pactada en un contrato de compraventa con precio aplazado la condición resolutoria de la compra, con la pérdida por el comprador de la parte del precio satisfecha, para el caso de que no se paguen el precio y los intereses en los plazos anuales convenidos, se está en presencia de una cláusula penal, no precisamente por haberse estipulado una condición resolutoria, pero sí por la regulación de sus efectos, que rebasan el marco normal en que los encuadra el Derecho civil e implican una posible agravación de responsabilidad del deudor, bien manifiesta en el caso litigioso, en que, cumpliendo rígidamente el convenio, se quedaría sin fincas compradas y sin el precio satisfecho en gran porcentaje; no tratándose en tal caso de una figura de adquisición de derecho condicional, regido por las normas generales de la contratación que ordenan el cumplimiento estricto del pacto, sino de una cláusula penal prevista por el artículo 1.152 del Código civil, para cuyo supuesto es innegable la soberana facultad del Tribunal «a quo» para moderar equivalente la responsabilidad del deudor, como norma de Derecho imperativo prevista por el artículo 1.154 del Código civil y aplicable a casos, como en el debatido, en que la obligación de pagar el precio aplazado y los intereses legales haya sido parcialmente cumplida, acomodándose tal aplicación del mencionado precepto a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y especialmente al grado de culpa y a la intensidad del perjuicio causado.

F) *Opinión personal.*—La tesis de Giovanoli y Clarizia tiene poco sentido si el *leasing* financiero es calificado como arrendamiento especial. El propio Giovanoli lo reconoce, al decir que sólo puede plantearse la cuestión del pacto comisorio en el cuadro de la prenda o de otra garantía real; en modo alguno, en el ámbito del arrendamiento (249). Esto es muy claro en nuestro Derecho. El artículo 1.859 del Código civil se refiere sólo a la prenda y la hipoteca, al disponer que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas». Se prohíbe en este precepto el pacto comisorio, de acuerdo con una tradición que proviene del Derecho romano (250).

(249) GIOVANOLI, *Le crédit-bail...*, p. 253, nota 97.

(250) En Roma, por virtud del pacto comisorio, las partes convenían en que el acreedor, si vencida la obligación no era satisfecho, se hiciera dueño de los bienes empeñados o hipotecados. Este pacto era altamente perjudicial para los deudores, los cuales normalmente daban en prenda cosas de mucho más valor que el importe de la obligación que aseguraban, y otras veces lo hacían acuciados por la necesidad. Por este motivo, a pesar de haberse considerado lícito durante la época clásica, fue prohibido dicho pacto por el emperador Constantino en el año 326 (C. Th., 3.2.1 = C. 8.34.3) (Cfr., KASER, *Römisches Privatrecht*, 11 ed., München, 1979, p. 129; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1967, p. 433). De aquí paso a Las Partidas (P. 5.13.41 y 42). El Proyecto de 1851 acepta esta solución en los artículos 1775 y 1806. En el comentario al artículo 1775, GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, IV) explica ampliamente las razones de la prohibición. Una vez publicado nuestro Código civil, MANRESA (*Comentarios al Código civil*, XII,

A nuestro juicio, la resolución del contrato de *leasing* financiero puede ser admitida, porque se basa en el incumplimiento por el usuario de a obligación de pago del precio en el tiempo y lugar fijados. El problema surge cuando se acuerda que el usuario tiene que pagar a la sociedad de *leasing* una parte importante (a veces, incluso, la totalidad) de las mensualidades no vencidas. En el *leasing* financiero se establece una auténtica cláusula penal, que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses. La cláusula penal existe, no precisamente por haberse estipulado una condición resolutoria, sino, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945, por la regulación de sus efectos, que rebasan el marco normal en que los encuadra el Derecho civil e implican una posible agravación de responsabilidad del deudor... Si esto es así, lo lógico es considerar aplicable el artículo 1.154 del Código civil. Al tener naturaleza arrendaticia el *leasing* financiero, es indudable la aplicación de este artículo cuando el usuario ha abonado alguna mensualidad: la ejecución del contrato ha comenzado (251). Además, en el *leasing* financiero se sabe de antemano el número de mensualidades que tiene que pagar el usuario a la sociedad de *leasing* y el precio de la opción de compra, de tal suerte que el usuario puede adquirir la propiedad de los bienes si paga, en cualquier momento, la totalidad de las mensualidades y ejercita el derecho de opción de compra. Por este motivo, no son convincentes los argumentos esgrimidos por Bey Malaurie y otros autores para impedir que el juez pueda modificar equitativamente la pena convencional. Se basan en el carácter indivisible de la prestación del usuario, lo cual no encaja con el carácter arrendaticio del *leasing* financiero. También se dice que las partes excluyen la aplicación del artículo 1.231 del Código civil francés, que establece el poder de moderación del juez. Tiene razón Cornu al decir que es «adivinatorio», e incluso contradictorio, el afirmar una indivisibilidad «intelectual» cuando el contrato prevé el escalonamiento de los pagos. No puede afirmarse, en modo alguno, la imposibilidad de ejecución parcial del contrato de *leasing* financiero, cuando el usuario paga periódicamente las mensualidades, y, sobre todo, hay que tener en cuenta que el usuario puede pagar anticipadamente la totalidad de las mensualidades, adquiriendo la propiedad de los bienes.

El afirmar que las partes excluyen la aplicación del precepto que confiere al juez el poder de moderación de la pena convencional, cuan-

Madrid, 1907, p. 385) puntualiza que el artículo 1.859 está encaminado a evitar los muchos fraudes que en otro caso se podrían llevar a cabo, por ser en la generalidad de las veces superiores en valor a la deuda de los bienes en que se constituye la garantía.

(251) En la venta a plazos con cláusula penal, nuestro Tribunal Supremo entiende que la circunstancia de haberse pagado alguno de ellos es motivo o causa suficiente para que el Tribunal haya de considerar un cumplimiento parcial de la obligación principal, y pueda moderar la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.154 del Código civil (Sentencia de 3 de julio de 1915 (Jurisprudencia Civil, Edición Oficial, núm. 151) y 8 de enero de 1945 (Jurisprudencia Civil, Edición Oficial, núm. 10)). Es indudable que algo semejante ocurre en el *leasing* financiero.

do es excesiva, tiene poco sentido en el Derecho francés con posterioridad a la Ley de 9 de julio de 1975, y en nuestro Derecho, porque el artículo 1.154 del Código civil tiene un marcado carácter imperativo. Esta conclusión se extrae de su propio tenor literal y de su finalidad. En este artículo se establece un auténtico deber del juez de modificar equitativamente la pena convencional, cuando la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

El carácter imperativo del mencionado artículo se deduce de su propia dicción. En el mismo se emplea la voz «modificará», lo que indica que estamos en presencia de un deber del juez que tiene su fuente en la ley, y que, por tanto, está al margen de la autonomía de las partes. Es interesante destacar que el artículo 1.085 del Proyecto de 1851 estableció que «el juez *puede* modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte y no en el todo». Sin embargo, el Anteproyecto de 1882-1888 modificó el citado artículo, al decir el 1.171 que el «juez *modificará* equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Idéntico texto aparece en el artículo 1.154 del Código civil.

De este breve examen se deduce que los redactores del Código civil abandonaron la solución que aparecería en el Proyecto de 1851, para imponer al juez el deber de modificar equitativamente la pena en el supuesto señalado. El artículo 1.154 hace una invocación a la equidad, lo que aconseja una interpretación conducente a que el juez deba modificar siempre la pena convencional cuando lo exija la equidad, sin tener en cuenta una estipulación de las partes dirigida a excluir la aplicación del mencionado artículo.

Nuestra jurisprudencia afirma de manera constante el carácter imperativo del artículo 1.154 del Código civil. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1945 (252), 1 de diciembre de 1965 (253), 3 de febrero de 1973 (254) y 6 de octubre de 1976 (253). Incluso algunas sentencias entienden que aunque no haya sido pedida por las partes el juez debe moderar equitativamente la cuantía de la pena convencional. Así, la sentencia de 3 de enero de 1964 (256).

Nuestra doctrina científica (257) afirma también el sentido imperativo del artículo 1.154 del Código civil.

En su tarea moderadora, el juez tendrá en cuenta los principios de la equidad (257 bis) que, como dice la sentencia del Tribunal Su-

(252) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 10.

(253) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 820.

(254) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 47.

(255) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 267.

(256) En Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 3.

(257) *Cfr.*, ALBALADEJO, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. II-1.ª. La Obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1980, p. 266; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, II, Madrid*, 1979, p. 194; LOBATO, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974, p. 169.

(257 bis) En el comentario al artículo 1.085 del Proyecto de 1851, afirmó GARCÍA GOYENA que el Juez, para la modificación de la pena, deberá tener en

premo de 10 de enero de 1945, son de libre y soberana aplicación por los Tribunales de instancia con arreglo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pero singularmente el grado de culpa y la intención del perjuicio ocasionado (258).

A nuestro juicio, el juez habrá de tener presente que los bienes son recobrados por la sociedad de *leasing* (en virtud de la resolución del contrato) y que el usuario ha abonado a ésta una determinada suma de dinero. La actuación «equitativa» del juez, a que se refiere el artículo 1.154, evitará que el usuario, privado de los bienes, tenga que abonar a la sociedad de *leasing* una cuantía «excesiva». Cabe la posibilidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (259), de que el juez establezca como forma de moderación el señalamiento de un nuevo plazo para cumplir.

ADDENDUM

En relación con la cuestión de la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero, debemos señalar que, hallándose en pruebas el presente estudio, ha sido publicada la importantísima sentencia de 10 de abril de 1981, en la que nuestro Tribunal Supremo no considera aplicable la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles al *leasing* o arrendamiento financiero, salvo que bajo la aparición de este negocio complejo se oculte una auténtica venta a plazos de bienes muebles (simulación relativa). En el fascículo IV de este ANUARIO, año 1981, páginas 1096-1099, exponemos los hechos y la doctrina de esta sentencia. Además, la anotamos, poniéndola en relación con la sentencia de 28 de marzo de 1978.

Respecto al régimen fiscal del *leasing* o arrendamiento financiero, que fue objeto de nuestra atención, aunque brevemente, en la introducción de este estudio, es importante señalar que el día 6 de noviembre de 1981 apareció en el «B.O.E.» el Real Decreto de 19 de octubre de 1981, que aprueba el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas. El artículo 21 de esta disposición legal somete el *leasing* o arrendamiento financiero al citado impuesto, de acuerdo con el criterio adoptado anteriormente por el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y el Real Decreto de 31 de julio de 1980, a los que nos referimos en la introducción de este estudio.

cuenta la posición respectiva de las partes, y todas las condiciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio.

(258) La equidad debe entenderse de acuerdo con los criterios objetivos de justicia, vigentes dentro de nuestra comunidad, con las convicciones imperantes dentro de la misma (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, p. 576).

(259) En este sentido, las sentencias de 5 de febrero de 1964 (Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 57); 3 de julio de 1915 (Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 151); 19 de mayo de 1958 (Jurisprudencia Civil. Edición Oficial, núm. 354).