

cando, al menos en el ejemplo que nos ofrece; y lo que está claro es que algunos convenios bilaterales no resultan aplicables.)

En cuanto al reconocimiento de medidas provisionales en materia de alimentos entre cónyuges, subraya cómo la urgencia da lugar con frecuencia a su adopción por el tribunal del domicilio o del lugar de ejecución de las mismas, con lo que no han merecido demasiada atención.

Estudia en primer lugar el CB, en el que las medidas adoptadas *inaudita altera parte* no es que no sean reconocibles o ejecutables, sino que quedan fuera del convenio (p. 289), lo que no suscita problema alguno desde la perspectiva del Derecho español (p. 291). En el Convenio de La Haya se prevé la posibilidad de reconocer o declarar ejecutorias las resoluciones ejecutorias provisionales y las medidas provisionales, aun cuando sean susceptibles de recurso ordinario, disponiendo de la cobertura del orden público para no reconocer las adoptadas sin audiencia de parte. En los convenios bilaterales no existe una línea definida, mientras que en la LEC el reconocimiento se limita a las sentencias, sin admitir las medidas provisionales. De entre las diversas vías alternativas propuestas, la única modesta posible es considerar las medidas extranjeras como justa causa para su adopción en España por un Juez español (p. 299).

6. Estamos en fin en presencia de una monografía capaz de plantear interrogantes y definir respuestas en una materia de vigorosa actualidad, preñada de dificultades de delimitación, capaz de constituirse en un microcosmos del método conflictual; un trabajo exhaustivo, arriesgado en alguna de sus soluciones concretas, coherente en todo caso en su planteamiento global.

Luis F. CARRILLO POZO

LEIBLE, Stefan: *Finanzierungsleasing und arrendamiento financiero*, Berlín, 1996, Editorial Duncker & Humblot, pp. 478.

1. Hace quince años publiqué en las páginas de este *Anuario* un comentario a la monografía de Giovannoli, «*Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*», París, 1980 (Cabanillas, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, pp. 41-120). La razón de comentarla se debió al propósito de que el lector español tuviera conocimiento de la existencia del importante estudio de Derecho comparado que Giovannoli realizó en torno al *leasing* financiero, con exposición detallada de su configuración jurídica en Alemania, Francia, Bélgica, Suiza e Italia. 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.

Como es lógico, la extraordinaria evolución que ha experimentado el *leasing* financiero en los últimos años determina que la monografía de Giovannoli, siendo todavía extraordinariamente útil, haya quedado algo obsoleta en relación con la información que suministra sobre los distintos textos legales, modelos de contratos, jurisprudencia y bibliografía.

Recientemente, ha llegado a mis manos, por gentileza del Dr. Stefan Leible, otro magnífico estudio de Derecho comparado sobre el *leasing* financiero mobiliario, en el que a diferencia del de Giovannoli, no analiza el *leasing* financiero en Europa, sino que centra su atención en la configuración de este contrato en Alemania y España. Para nosotros, si cabe, tiene todavía más interés la monografía de Leible que la de Giovannoli, pues éste no expone el desarrollo y el régimen jurídico del *leasing* financiero en España, mientras que aquél lo examina con gran detenimiento.

Creo por ello que es oportuno que el lector español tenga conocimiento de la monografía publicada por Leible, la cual debe ser punto obligado de referencia en cualquier investigación jurídica que sobre el *leasing* financiero mobiliario se realice en nuestro país.

Para evidenciarlo, es muy ilustrativo el prólogo del Profesor Dr. Ulrich Spellenberg, de la Universidad alemana de Bayreuth, en el que afirma que el estudio de Derecho comparado realizado por Stefan Leible sobre el *leasing* financiero en Alemania y en España ofrece indicaciones muy valiosas, tanto desde la perspectiva del Derecho comparado como también para la práctica en ambos países.

2. Tras una breve presentación, en la que Leible reconoce el magisterio recibido del Profesor Dr. Ulrich Spellenberg en la Universidad de Bayreuth, así como el apoyo recibido en España de Andreas Wirth, Jesús Alfaro, Anxo Tato Plaza y Fernando García Solé, comienza la monografía con la exposición del régimen jurídico del *leasing* financiero en Alemania, que constituye el capítulo I (pp. 34 a 200).

En relación con el Derecho alemán, Leible muestra el desarrollo y la significación del *leasing*, su concepto y fundamento, señalando las clases de *leasing*: el *leasing* financiero, el *leasing* operativo, el *leasing* de marca, el *leasing* inmobiliario y las formas especiales de *leasing*.

Se exponen las analogías y diferencias del *leasing* con diversos tipos de contratos, como el puro contrato de arrendamiento, el arrendamiento-venta, el arrendamiento con financiación, la compra al contado y la compra a plazos.

A continuación, se muestran las ventajas fiscales, con detallada exposición de la normativa y la jurisprudencia.

Con amplitud, se analiza el debatido problema de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*. La cuestión de la naturaleza jurídica, o mejor la calificación jurídica del contrato de *leasing*, no sólo interesa en el plano dogmático o teórico. La misma tiene una gran importancia práctica, porque de su respuesta depende la aplicación de determinadas normas jurídicas, especialmente civiles. Hay que tener en cuenta que la determinación de la naturaleza jurídica prejuzga la regulación del contenido, ejecución y desarrollo del contrato. Además, al ser el *leasing* derecho formulario por excelencia, el conocimiento de la naturaleza jurídica es básico para el control del contenido de las estipulaciones contractuales de especial significación.

La dificultad de la clasificación del *leasing* financiero en el sistema de los tipos de contratos del BGB resulta de la función del contrato. En el *leasing* financiero tiene lugar una combinación de elementos de diversos tipos de contratos en un solo contrato, que difícilmente se deja enmarcar en una de las categorías contractuales conocidas.

La doctrina alemana dominante y la jurisprudencia de forma constante califican al *leasing* como contrato de arrendamiento. Algunos autores lo califican como puro contrato de arrendamiento en el sentido de los parágrafos 535 y siguientes del BGB, mientras que la mayor parte entiende que se trata de un contrato de arrendamiento atípico.

No puedo dejar de destacar la influencia que ejerció en mí la doctrina y la jurisprudencia alemanas, perfectamente expuestas por Leible, a la hora de configurar en el citado estudio el *leasing* financiero como arrendamiento especial, salvo que el precio de opción de compra sea insignificante o simbólico, en cuyo caso se está más cerca de la compraventa que del arrendamiento. Además, como he subrayado en el estudio publicado también en el Anuario en 1991 [«La configuración del arrendamiento financiero “leasing” por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre “leasing” internacional», *ADC*, 1991, p. 981, nota 21], en el año 1980, a diferencia de lo que acontece ahora, las sociedades de *leasing* españolas defendían el carácter arrendaticio del *leasing* financiero, con el objeto de evitar la *vis* atractiva de los artículos 2 y 3 de la Ley de 17 de julio de 1965. Esto se tradujo en la conducción al marco del más genuino arrendamiento. La voluntad de aproximación al arrendamiento, confiesa García Barbón («Diccionario jurídico del *leasing*». Corporación Financiera Hispamer, Madrid, 1991, p. 16), fue común en cuantos se ocupaban entonces del *leasing*.

La posición de la doctrina y la jurisprudencia alemanas sirve para evidenciar que la crítica que se ha hecho contra la tesis que defendí en el estudio publicado en 1982, diciendo que no cabe duda de que en el tema del *leasing* caminamos con un cierto retraso, no sólo respecto a Estados Unidos, sino también respecto de nuestros vecinos más próximos (Rojo Ajuria, «Leasing mobiliario», Madrid, 1987, p. 155) es rebatible, pues en Europa (no solamente en Alemania) son muchos los autores y tribunales que propugnan el carácter arrendaticio del *leasing*, aunque la función financiera del contrato determine que se trate de un arrendamiento especial.

Debo no obstante subrayar que la publicación en nuestro país de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988 me ha forzado a cambiar de tesis, como pongo de relieve en el estudio anteriormente citado, sin que ello haya determinado una inferior protección del usuario.

No faltan autores alemanes que configuran el *leasing* financiero como un contrato de venta a plazos con reserva de dominio, como un préstamo o un contrato de crédito, como un contrato mixto (comisión, préstamo, depósito, derecho de opción) y sobre todo como un contrato *sui generis*.

Se refiere Leible a la posible aplicación de la Ley de venta a plazos (AbzG) o de la Ley de crédito al consumo (VerbrKG) a los contratos de *leasing* financiero, aunque la posible aplicación de estas disposiciones legales al *leasing* es escasa, ya que una gran parte de los usuarios del *leasing* son comerciantes.

Otra de las cuestiones que se examinan con mayor detenimiento es la del control de las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero en virtud de la aplicación de la Ley sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGBG). Hay que tener en cuenta que los contratos de *leasing* son casi siempre contratos que son concluidos a través de condiciones generales, por lo que es preciso examinar si las mismas están en consonancia con la AGBG.

Cuando el usuario es comerciante, es aplicable el artículo 24 de la AGBG, a cuyo tenor los preceptos de los artículos 2, 10, 11 y 12 no se aplican a las condiciones que hayan de utilizarse frente a un comerciante, cuando el contrato pertenezca a la explotación de su actividad comercial. Como subraya Leible, esto concierne a la mayoría de los usuarios en el *leasing* financiero, pues la mayor parte –no todos– de los usuarios son comerciantes. Sin embargo, las cláusulas prohibidas por los artículos 10 y 11 de la AGBG no quedan totalmente sin significación, ya que deben ser tenidas en cuenta en el marco del control del contenido del artículo 9 de la AGBG, como indicio de un perjuicio desproporcionado al adherente.

Están prohibidas las cláusulas sorpresivas y oscuras (arts. 3 y 5 de la AGBG). En estrecha conexión con estos preceptos, aparece el mandato de transparencia en la formulación de las condiciones generales (art. 2 de la AGBG). Graf von Westphalen se refiere a la necesidad de transparencia en la configuración del contrato en el *leasing*.

Como criterio general de control del contenido, el artículo 9 de la AGBG establece que las cláusulas contenidas en condiciones generales son ineficaces cuando perjudiquen al adherente de forma desproporcionada, habida cuenta los preceptos de la buena fe objetiva.

El Tribunal Supremo Federal (BGH) y la doctrina dominante, tienen en cuenta la calificación arrendaticia del contrato de *leasing* financiero, y, en consecuencia, las estipulaciones del *leasing* son medidas teniendo presente los principios esenciales de la regulación legal de los párrafos 535 y siguientes del BGB. En cambio, si se configura el *leasing* como un contrato atípico, habrá que determinar si las condiciones del contrato están en contra de los principios jurídicos esenciales de los contratos bilaterales.

Leible examina con atención los problemas que se plantean en torno a la ejecución del contrato de *leasing*, enjuiciándolos jurídicamente.

Desde el momento de la conclusión hasta el de su terminación, el contrato de *leasing* puede estar expuesto a múltiples impedimentos.

En relación con la conclusión del contrato de *leasing*, hay que subrayar la responsabilidad que surge frente al usuario por violación de los deberes de información y por la conducta dolosa del suministrador en las negociaciones contractuales.

Surgen importantes impedimentos de la prestación en los casos de imposibilidad y mora, debido a que el suministrador no entrega al usuario los bienes o no lo hace en tiempo adecuado. Se plantea la cuestión de si el usuario puede demandar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento frente a la sociedad de *leasing* de acuerdo con los párrafos 325 y 326 del BGB.

Otro problema importante es el relativo a la admisibilidad de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad de la sociedad de *leasing* frente al usuario. No puede sorprender que la sociedad de *leasing* procure siempre limitar su responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento inexacto en el suministro de los bienes al usuario.

Se refiere también Leible a los derechos de la sociedad de *leasing* en caso de mora del usuario en el pago.

Los contratos de *leasing* contienen habitualmente cláusulas por virtud de las cuales el usuario ha de soportar el riesgo de la cosa y del precio, y que se enjuician en virtud de la aplicación del artículo 9 de la AGBG.

Se plantea el problema de la admisibilidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por vicios en los bienes y evicción.

Pertenece a la estructura típica del *leasing* financiero que la sociedad de *leasing* se exonere de la responsabilidad por evicción y vicios. Al mismo tiempo, la sociedad de *leasing* cede al usuario las acciones de saneamiento, que puede interponer frente al suministrador.

La validez de esta cláusula es enjuiciada teniendo en cuenta el artículo 11.10 de la AGBG, cuando el usuario no es comerciante, y el artículo 9 cuando lo es.

En relación con la terminación del contrato de *leasing*, se plantean abundantes problemas, que tienen que ver básicamente con la expiración del plazo acordado o la rescisión del contrato.

Por último, Leible se refiere a la quiebra en el *leasing* y a la ejecución forzosa, tanto en relación con el usuario como la sociedad de *leasing*.

En el capítulo II (pp. 201 a 364) se expone el régimen jurídico del *leasing* financiero en España, adoptándose el mismo esquema seguido para reflejar el régimen jurídico del *leasing* financiero en Alemania. Por ello, se comienza con la exposición del desarrollo y la significación económica del *leasing* en España. A continuación se da noticia de su concepto y fundamento, así como de las clases de *leasing*: el *leasing* financiero, el *leasing* operativo, el *leasing* de marca y diversas formas especiales de *leasing*. Se muestran las diferencias y analogías con otros tipos de contratos, como el alquiler simple, el arrendamiento-venta, la compra al contado y la venta a plazos. También se exponen las ventajas fiscales del *leasing*, tras lo cual se analiza la cuestión fundamental, que como acontece en el Derecho alemán, es la relativa a la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*.

Leible expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales de instancia, llegando a la conclusión de que para nuestro Tribunal Supremo el *leasing* financiero es un contrato atípico y complejo, cuyo contenido es determinado a través de cláusulas específicas.

La discusión existente en la doctrina española es análoga a la que existe en Alemania, sosteniéndose puntos de vista semejantes: el contrato de *leasing* es un préstamo o un contrato de crédito, un negocio fiduciario, un contrato mixto con elementos de la comisión, préstamo, depósito y derecho de opción, una compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio, un contrato atípico o *sui generis* o un contrato de arrendamiento.

Leible, de igual manera que algunos autores españoles (Rojo Ajuria, «Leasing mobiliario», cit., p. 155) apunta que soy el máximo representante en España de la corriente que defiende la naturaleza arrendaticia del *leasing* financiero. Sin embargo, el propio Leible subraya que he abandonado esta tesis a partir del estudio publicado en este Anuario en 1991, al que anteriormente me referí. En efecto, la promulgación de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988, me impuso la difícil tarea de reconsiderar la tesis que, atendiendo a las condiciones generales que operaban en el tráfico y a la

situación legal existente, defendí en dos estudios publicados en el Anuario sobre la naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero.

La citada Ley establece expresamente que la sociedad de *leasing* es una entidad de crédito, que actúa como intermediaria financiera entre el usuario y el suministrador de los bienes. Esto explica que aquélla conserve la propiedad de los bienes cedidos en *leasing* como garantía de que el usuario le devolverá lo que ha tenido que pagar al suministrador para adquirirlos, los intereses crediticios, las comisiones y los demás gastos que conlleva esta operación. Desde esta perspectiva, eminentemente crediticia, existirá una auténtica fiducia *cum creditore* cuya causa y consecuencias han sido destacadas con rigor y realismo por De Castro, criticando con agudeza la teoría del doble efecto. A través de la fiducia *cum creditore* no cabe infringir normas imperativas sobre las garantías reales, y, en concreto, la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1884 CC).

Leible se refiere a la configuración del contrato de *leasing* como un negocio mercantil (art. 2 CCO), con intervención de fedatarios mercantiles. Sin embargo, a mi juicio, tan conclusión no es irrefutable, como pretenden algunos autores españoles, ya que falta en el Código de Comercio una normativa que discipline al *leasing* financiero, y como he puesto de relieve en el estudio anteriormente citado, el régimen jurídico de este contrato, y en especial el control de las condiciones generales que lo caracterizan, ha de hacerse básicamente a través del Código Civil. Es significativo que tanto en España como en Alemania el *leasing* financiero ha sido estudiado por numerosos civilistas, seguramente porque no lo consideran ajeno al Derecho civil.

A continuación, se examina el debatido problema de la posible aplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965 al *leasing* financiero, teniendo en cuenta el artículo 2 de la misma, y mostrando las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación de esta Ley. También se tiene en cuenta la nueva Ley de Crédito al Consumo de 1995.

Se expone con amplitud y rigor el control de las condiciones generales en los contratos de *leasing* financiero. Leible muestra la situación legal existente en esta materia en España, refiriéndose al Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1987, claramente inspirado en la AGBG alemana, y a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, con especial atención a su artículo 10. Esta Ley circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores o usuarios que tienen la consideración de destinatarios finales de los productos o servicios.

El problema radica en que en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al *leasing* financiero, al no actuar el usuario como destinatario final, es decir, como consumidor. La disposición adicional séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988 no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión.

Al referirse al control del contenido de las condiciones generales de la contratación, Leible alude a la fundamental aportación de De Castro, que tanto ha influido en la doctrina española, así como a los estudios de García Amigo y Clavería y a la jurisprudencia. De acuerdo con Alfaro, plantea la posible aplicación analógica del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, teniendo en cuenta que en España los contratos de *leasing* financiero

son habitualmente celebrados por dos empresarios. A mi juicio, difícilmente puede considerarse aplicable la Ley mencionada por analogía, ya que exige ineludiblemente que el consumidor o usuario sea destinatario final de los bienes o servicios. Si no se cumple este presupuesto subjetivo de aplicación, no hay más remedio que aplicar los criterios de control de las condiciones generales de la contratación que configura el Derecho común, magistralmente expuestos por De Castro.

Concluye Leible puntualizando que los contratos de *leasing* están sometidos en España, aunque no sean generalmente celebrados con consumidores, a un control de las condiciones generales. Una norma para lograr una interpretación *contra proferentem* aparece en el artículo 1288 CC. La aplicación analógica del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios permite un amplio control del contenido, que ha de ajustarse a los principios de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones.

A continuación, se muestran los problemas que surgen en torno a la ejecución del contrato de *leasing* y su enjuiciamiento jurídico.

Se parte de la conclusión del contrato, aludiendo a los posibles efectos de los incumplimientos o conductas dolosas del suministrador en el curso de las negociaciones. Se analiza especialmente la violación de los deberes de información.

Se tienen en cuenta los casos de imposibilidad de la prestación y de mora del suministrador en la entrega de los bienes al usuario, cuestionándose la posible validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de la sociedad de *leasing*. Leible subraya que la cuestión de la admisibilidad de tales cláusulas es muy debatida desde hace mucho tiempo, tanto en España como en Alemania.

Seguidamente, se mencionan los derechos de la sociedad de *leasing* por mora del usuario en el pago, aludiendo a la resolución del contrato y al establecimiento de una cláusula penal, que sustituye en tal caso a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses. Se apunta la posible moderación judicial de tal cláusula de acuerdo con el artículo 1154 CC.

La cláusula contractual que faculta para la resolución del contrato en caso de incumplimiento de un deber accesorio constituye un abuso del derecho, y por ello es nula.

Como acontece en Alemania, los contratos de *leasing* contienen generalmente cláusulas por cuya virtud el usuario, en caso de deterioro o pérdida no culpable de los bienes, está obligado a pagar a la sociedad de *leasing* los plazos, sin que pueda demandar a ésta la entrega de nuevos bienes en sustitución de aquéllos. Mientras que la jurisprudencia no ha prestado atención hasta la fecha a tales cláusulas, en la doctrina es muy discutida su validez. En el Derecho alemán se distingue entre riesgo de la cosa y riesgo del precio, pero una semejante distinción es inusual en la literatura española. Se refiere, no obstante, Leible al problema de la imputación de uno y otro tipo de riesgo.

Con detenimiento se muestra la responsabilidad por vicios ocultos y evicción. Se discute en España si la sociedad de *leasing* puede exonerarse totalmente de esta responsabilidad, teniendo en cuenta que los bienes son elegidos por el

usuario y que éste se subroga en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse directamente contra el suministrador.

Al referirse a la terminación del contrato, Leible alude a la conclusión por la llegada del término acordado, surgiendo la obligación del usuario de restituir los bienes a la sociedad de *leasing*, salvo que el usuario ejercite el derecho de opción de compra o concluya un nuevo contrato de *leasing*. También se extingue el contrato cuando tiene lugar su resolución en virtud de la aplicación del artículo 1124 CC.

Finalmente, Leible se refiere al *leasing* financiero y el juicio ejecutivo, a la quiebra y a la ejecución forzosa, tanto en relación con el usuario como la sociedad de *leasing*.

El capítulo III de la monografía (pp. 365 a 433) se destina a hacer una recapitulación, desde la perspectiva del Derecho comparado, de los resultados, teniendo en cuenta, lógicamente, las experiencias alemana y española en torno al *leasing* financiero mobiliario.

Se parte de que tanto en Alemania como en España el *leasing* financiero se presenta como una forma de financiación alternativa, junto a los otros tipos usuales de financiación.

Se alude a la regulación del contrato de *leasing* en uno y otro país, fundamentalmente de carácter fiscal; al Convenio del Unidroit sobre el *leasing* y el *factoring* internacional de 1988; a la configuración jurídica del contrato de *leasing*, a la influencia del Derecho fiscal; a la relación triangular que surge entre la sociedad de *leasing*, el usuario y el suministrador; a la protección del consumidor, la legislación sobre condiciones generales y la libertad contractual, con la necesidad de distinguir entre los contratos de *leasing* celebrados con comerciantes y con consumidores finales. También se hace referencia a la relación entre el *leasing* financiero, la venta a plazos y los negocios de cobertura de un crédito.

Para Leible, el *leasing* financiero se ha desarrollado en Alemania y España como una forma alternativa de financiación. En ambos ordenamientos, falta, sin embargo, hoy en día, una regulación civil de esta nueva figura contractual.

Se aprecian importantes diferencias entre los regímenes jurídicos del *leasing* financiero en Alemania y España. El derecho del *leasing* es por excelencia un derecho formulario. La cuestión central radica en la determinación del programa de regulación contractual, sobre todo, los deberes de prestación contractuales, y, simultáneamente, la determinación del derecho aplicable.

El Tribunal Supremo Federal y la doctrina alemana dominante conciben al contrato de *leasing* financiero como un contrato de arrendamiento atípico, siendo aplicables los parágrafos 535 y siguientes del BGB sobre el arrendamiento. Consecuencia de ello es el predominio del elemento cesión de uso. Se reconoce también la función de financiación del contrato de *leasing* y de ella se deduce el principio de la amortización plena. Aquí radica la diferencia decisiva con el simple contrato de arrendamiento.

En cambio, el Tribunal Supremo y la doctrina dominante en el Derecho español han asumido una concepción de autonomía contractual. Así, el arrendamiento financiero es un contrato atípico, que se caracteriza por su propio sistema de cláusulas y su contenido no siempre uniforme.

Claras diferencias se observan en el tratamiento de los impedimentos de la prestación. En Alemania, se hace gran hincapié en la protección que se otorga al usuario con la consiguiente concentración de riesgos en el ámbito de la sociedad de *leasing*. En España, el Tribunal Supremo y la doctrina dominante consideran admisibles las cláusulas sobre los impedimentos de la prestación que aparecen en los contratos de *leasing*. La sociedad de *leasing* puede, a través de las condiciones generales, excluir el ejercicio por el usuario de los derechos derivados de los impedimentos de la prestación frente a ella y exonerarse de la eventual indemnización de daños y perjuicios. Para ello, es preciso que la sociedad de *leasing* ceda al usuario todos los derechos que le corresponden por los impedimentos de la prestación contra el suministrador. Evidentemente, esta liberación sólo es posible en la medida en que el impedimento de la prestación no sea causado directamente por la sociedad de *leasing*.

También es divergente la valoración de las cláusulas de distribución de riesgos, típicas en el contrato de *leasing*. Esto se debe sobre todo a la diversa determinación de la naturaleza jurídica del *leasing* financiero. La caracterización del *leasing* financiero como una forma atípica de arrendamiento determina que en el Derecho alemán sea preciso tener en cuenta la normativa dispositiva del arrendamiento para el control de las condiciones generales. Esto conduce en principio al predominio del elemento cesión de uso. Por el contrario, la concepción de autonomía contractual del Tribunal Supremo español permite un enjuiciamiento diferente.

Se aprecia una diversa configuración del sistema de control de las condiciones generales de la contratación. Mientras que en Alemania existe un sistema muy minucioso de control, en el Derecho español las medidas de control desde siempre han sido flexibles.

En Alemania, el contrato de *leasing*, en la práctica actual, es aplicado a todo tipo de usuarios: consumidores, comerciantes, profesionales, etc. La situación es diferente en España, ya que los contratos de *leasing* financiero sólo cumplen una finalidad empresarial, por lo que son celebrados por empresarios.

Otra diferencia importante entre los dos regímenes radica en la adquisición de los bienes. En Alemania cabe concertar el *leasing* sin una opción para adquirir definitivamente los bienes cedidos. En cambio, en España, la opción de adquisición por el usuario es un elemento esencial del contrato de *leasing* financiero, exigiendo la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988 para el reconocimiento fiscal del arrendamiento financiero la existencia de un derecho de opción.

Como resultado de todo lo expuesto, Leible constata que hasta el día de hoy ni en Alemania ni en España se ha logrado un sistema de regulación satisfactorio de esta modalidad de contrato. Por este motivo, es preciso cuestionar si debe ser codificado el derecho sobre el contrato de *leasing*.

En la actualidad, tanto en Alemania como en España se aboga por una codificación del *leasing*. Especialmente en el Derecho alemán esto podría hacerse realidad, puesto que se está redactando un informe sobre la reforma del Derecho de obligaciones y la regulación normativa de una serie de contratos hasta ahora atípicos. Sin embargo, el contrato de *leasing* queda al margen de este trabajo codificado.

Es conveniente la codificación plena del *leasing*. Para ello, tiene una importancia primordial el establecimiento de una reglamentación que proteja los intereses legítimos de las partes y que discipline los aspectos más importantes como la determinación de las obligaciones principales, las consecuencias jurídicas de los impedimentos de la prestación, la quiebra y la ejecución forzosa. En el Derecho español, es conveniente una disposición que establezca criterios seguros para distinguir el contrato de *leasing* financiero de la venta a plazos.

Leible defiende la incorporación de la regulación del *leasing* en el Código Civil o en el Código de Comercio. Así, en Alemania aconseja su inclusión en el BGB, y, en España, en el Código de Comercio.

Al defender la naturaleza civil del *leasing*, yo me inclino, en cambio, por la regulación de esta modalidad contractual por una norma civil. Considero que es más apropiado el Código Civil que el Código de Comercio para disciplinarlo.

El *leasing* financiero debería estructurarse como un negocio jurídico unitario con tres partes. Como modelo podría servir el Convenio del Unidroit sobre el *leasing* y el *factoring* internacional. Para el caso de que los legisladores, tanto de Alemania como de España, se decidieran por la estructura tradicional de dos negocios jurídicos separados entre sí, Leible enumera seis puntos de referencia, que habrán de tenerse en cuenta, en consonancia con el fundamento de la teoría bifuncional *sui generis*: la sociedad de *leasing* asume el deber de prestación principal de financiar la adquisición de los bienes, y por ello está obligada a la conclusión y el cumplimiento del contrato de suministro, además de ceder al usuario el uso y disfrute de los bienes en el plazo convenido; el deber de prestación principal del usuario es el pago de los plazos del *leasing*; a partir del momento de la entrega de los bienes, el usuario soporta el riesgo de la cosa y del precio; si los bienes entregados están viciados, el usuario puede ejercitar contra el suministrador las acciones de saneamiento que le han sido cedidas; si el usuario incurre en mora en el pago o hace un uso ilícito del objeto del *leasing*, la sociedad de *leasing* puede resolver inmediatamente el contrato; después de haber expirado el plazo establecido por las partes, el usuario está obligado a restituir los bienes a la sociedad de *leasing* a no ser que haga uso del derecho para adquirirlos o renovar el contrato de *leasing*.

3. La extensa monografía de Leible concluye con dos apéndices, en los que se reproducen las condiciones generales de «Unileasing, SA», y se da noticia de las sentencias pronunciadas por los tribunales españoles sobre el *leasing*, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Territoriales y Provinciales y de Juzgados de Primera Instancia. También se mencionan las principales resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se indica el lugar donde se encuentran las sentencias y resoluciones, lo cual facilita su hallazgo.

Para la exposición de las sentencias de los tribunales alemanes, Leible se remite a la última edición de la monografía de Graf von Westphalen, «Der Leasingvertrag», pp. 642 ss.

La última de las sentencias del Tribunal Supremo español que menciona Leible es la de 7 de febrero de 1995, lo cual se explica porque, como se indica en el prefacio, se ha tenido en cuenta la jurisprudencia española hasta junio de 1995.

Recientemente, han aparecido tres importantes sentencias del Tribunal Supremo sobre el *leasing* financiero, que Leible no ha podido exponer, por la razón expuesta.

Estas sentencias tienen un especial interés, porque en ellas se aborda el problema de la validez de determinadas cláusulas que usualmente aparecen en las condiciones generales de los contratos de *leasing* financiero, lo cual, como subraya Leible, según vimos, apenas ha sido abordado por el Tribunal Supremo español, en contraste con lo que acontece en el Derecho alemán, donde existe una abundante jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo Federal.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1995, se plantea la configuración del *leasing* financiero como un negocio fiduciario *cum creditore* y la nulidad del pacto comisorio, que, sin embargo, no se solicitó, por lo que razones de congruencia imposibilitaron declararla.

La lectura de esta sentencia es conveniente, porque en ella se alude al enfoque que, a mi juicio, es más acertado para entender actualmente en nuestro Derecho el *leasing* financiero mobiliario, como he expuesto en el estudio, anteriormente citado, «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional».

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995 afirma la vulneración de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por dos condiciones generales de un contrato de *leasing*: una que prevé la subrogación del arrendatario (usuario) en los derechos que el arrendador (la sociedad de *leasing*) tuviese contra el suministrador del bien objeto del *leasing*, y otra que declara cumplidas ya todas las obligaciones derivadas del contrato por el hecho de su suscripción.

El mayor interés de la sentencia radica en que considera aplicable el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al *leasing* financiero, lo cual ha sido defendido por algunos autores, entre los que yo no me encuentro, como subraya Leible, según vimos, aunque sea por analogía.

En un supuesto de vicios en los bienes entregados (equipos informáticos) al usuario, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996 afirma que de la mutua interconexión o dependencia funcional que existe, en todo contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, entre éste y el de compraventa que, con anterioridad o simultáneamente, han de celebrar la entidad arrendadora financiera y la proveedora o suministradora de los respectivos bienes de equipo, la resolución, ya acordada, del contrato de compraventa ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero.

Tras el aludido índice jurisprudencial, Leible refleja la literatura citada, fundamentalmente alemana y española. Se mencionan en treinta y dos páginas las monografías, artículos de revista y comentarios jurisprudenciales existentes en Alemania y España sobre el *leasing* financiero mobiliario, lo que evidencia el encomiable esfuerzo investigador realizado por Leible para elaborar la monografía que reseño, magníficamente editada y con acertado índice sistemático. También consta de un índice de materias, que resulta muy útil.

Se aprecia un extraordinario análisis de la normativa, esencialmente fiscal, la doctrina y la jurisprudencia de Alemania y España, donde se combina sabia-

mente la documentación, realmente exhaustiva, con el rigor, la teoría con la práctica, que ha de contribuir de manera decisiva a un correcto entendimiento de la compleja problemática jurídica que plantea el *leasing* financiero mobiliario en ambos países.

Estamos, sin duda, en presencia de uno de los mejores estudios de Derecho Comparado que se han realizado sobre este peculiar negocio de financiación, por lo que necesariamente debe ser tenido en cuenta por todos los que quieran conocerlo adecuadamente.

Para mí es una satisfacción que esta recensión pueda contribuir a que el lector español tenga conocimiento de la existencia de esta importante obra que el doctor Leible ha escrito sobre el *leasing* financiero mobiliario, donde explica con detenimiento la labor que numerosos juristas y Tribunales españoles han llevado a cabo en torno al mismo, lo que hay que agradecer a este excelente investigador alemán, que también conoce nuestro Derecho.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil

PIÑAR MAÑAS y OLMOS VICENTE (Directores): *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Fundación Alonso Martín Escudero, Ed. Dykinson, Madrid 1997, pp. 547.

La disposición adicional quinta de la Ley 30/1994, de Fundaciones, autorizaba al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, dictara las normas reglamentarias precisas para su desarrollo, pues bien, el Gobierno, en cumplimiento de dicha obligación legal, ha aprobado el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (Real Decreto 316/1996, de 16 de febrero), el Reglamento del Registro de Fundaciones (Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo), y se ha desarrollado, en parte, el régimen de incentivos fiscales (Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo).

En el libro objeto de esta recesión, se recoge el texto completo de las ponencias que diversos especialistas y profesionales del mundo fundacional realizaron, con ocasión de las jornadas organizadas por la Fundación Alfonso Martín Escudero, sobre «El desarrollo reglamentario de la Ley de Fundaciones». La obra es un fiel reflejo de lo que en aquellas jornadas se analizó, y nos da una visión contrastada de los aspectos positivos y negativos, que a la normativa fundacional, aportan los tres reglamentos publicados en desarrollo de la Ley.

Los autores son consumados especialistas en la materia, a los que se unen, profesionales de las fundaciones y miembros del Protectorado, semejante mezcla, avala la calidad de lo que a lo largo de la obra se expone y lo contrastado de las opiniones que allí se manifiestan, debiendo destacar, la claridad en la exposición y el rigor técnico, con el que la totalidad de los que participan en este libro abordan cada uno de los problemas que analizan.

El libro se abre con las palabras que, en el acto de apertura de las jornadas, pronunció el ex-Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Pascual Sala, discurso que se centra en un examen de la evolución histórica de las fundaciones desde sus orígenes hasta nuestros días.