

I) Derecho de la contratación

COMENTARIOS

Una reflexión en torno al *Lease Back*

Comentario a la STS 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1405)

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil.

Universidad de Sevilla

Civil

Ponente: Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo

LEASING: inexistencia: compraventa de inmueble y posterior arrendamiento financiero con opción de compra a favor del vendedor: préstamo con garantía real a través de pacto comisorio: prohibición.

Disposiciones estudiadas: CC, arts. 1859 y 1884.

Sentencias citadas: SSTS de 16 mayo 2000 (RJ 2000, 5082) y 17 julio 2001 (RJ 2001, 6860).

ANTECEDENTES DE HECHO

La empresa MENHIR LEASING S.A. (antes PROLEASING, S.A.) y la empresa FABRICACIO DE FORNS ELECTRICS EMISON, S.A. suscribieron simultáneamente el 27 de enero de 1989 dos contratos formalizados en escrituras públicas separadas: de un lado, un contrato de compraventa de un inmueble, propiedad de EMISON, por precio de 12.000.000 ptas.; de otro, un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra a favor de la empresa vendedora sobre el mismo inmueble por ésta anteriormente vendido.

En el contrato de arrendamiento financiero se pactó que, en caso de falta de pago de las cuotas establecidas, la arrendadora podría optar entre dar por vencido anticipadamente el plazo fijado, reclamando todas las cuotas hasta el fin del contrato, o resolver éste, recuperando el inmueble, con retención de las cuotas percibidas y derecho a una indemnización del 5% del precio del mismo por cada mes que la arrendataria demorase su devolución.

Producido el impago de cuotas, se formuló demanda por MENHIR solicitando se declarase resuelto el contrato y se condenase a EMISON a dar cumplimiento a lo prevenido en el mismo para tal eventualidad.

El Juzgado de Primera Instancia entendió que no se había celebrado entre las partes una operación de arrendamiento financiero sino de préstamo con garantía real a través de pacto comisorio, no permitida en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, y dado que la actora no podía reclamar el inmueble, cuya propiedad nunca había perdido la demandada, estimó sólo parcialmente la demanda, condenando a EMISON a abonar

las rentas pactadas (5.290.472 pts.) más los intereses devengados desde la resolución del contrato, al tipo legal correspondiente.

Contra dicha resolución interpuso MENHIR (empresa actora) recurso de apelación, el cual fue desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando, de este modo, la sentencia de instancia.

La empresa demandante-apelante interpone, contra la sentencia de segunda instancia, recurso de casación a través de dos motivos de impugnación residenciados en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncian respectivamente y por su orden, la infracción, por inaplicación, de los artículos 1281.1 y 1282 del Código civil, así como de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/1988 de 29 de julio y del Real Decreto 771/1989, de 23 de junio.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

SEGUNDO. En el primer motivo se denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 1281.1 y 1282 del Código Civil (LEG 1889, 27), así como de la disposición adicional 7ª de la Ley 26/1988 de 29 de julio (RCL 1988, 656 y RCL 1989, 1782) y del Real Decreto 771/1989, de 23 de junio (RCL 1989, 1397, 1614).

Se afirma que Menhir Leasing, SA (antes Proleasing SA) es una empresa de arrendamiento financiero, debidamente inscrita en el Registro Especial de dichas empresas y que, a instancias de la entidad demandada, había adquirido un local de ésta y se lo cedió a continuación en arrendamiento financiero, por el sistema de lease-back o retroleasing, procedimiento que se encuentra admitido por la legislación y la jurisprudencia.

La recurrente cita en apoyo de su argumentación las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8273) y de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1351), si bien es de notar que la primera de ellas únicamente declara el carácter atípico y complejo del contrato de leasing, cuyo contenido, que no es uniforme, puede distinguirse del de compraventa a plazos en tanto que la segunda de dichas resoluciones afirma que el lease back no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, ni cabe equiparlo a las ventas con pacto de retro, aunque vaya precedido de una compraventa del inmueble por aquel que luego lo arrendará financieramente a su anterior propietario.

A su vez, en el segundo motivo, en el que se denuncia infracción de la jurisprudencia, se citan expresamente las sentencias de 15 de marzo de 1995 (C-Ad) (RJ 1995, 2476), según la cual el leasing es un instrumento de financiación más o menos sofisticado, como pueden ser el préstamo o la hipoteca; la de 30 de julio de 1998 (RJ 1998, 6607), que se refiere a la distinción entre leasing y compraventa a plazos; así como varias otras, de las que se desprende que la mayor o menor entidad del precio o valor residual por el cual el usuario puede ejercitar la opción de compra, no influye en la calificación jurídica del contrato.

El similar contenido de ambos motivos, aconseja su conjunta consideración.

TERCERO. Para decidir acerca del posible acogimiento de la tesis de la recurrente ha de tenerse en cuenta que por la Audiencia Provincial se ha llevado a cabo un detenido examen del contenido de los convenios celebrados por las partes contendientes en las dos escrituras públicas otorgadas el 27 de enero de 1989, destacando las siguientes particularidades:

A) Que en la escritura de compraventa se fija un precio al inmueble objeto de la misma de 12.000.000 de pesetas y además se impone a la vendedora el pago de los gastos de otorgamiento e inscripción registral, impuestos y arbitrio municipal de plusvalía. Luego, en la de leasing, se fija el precio del mismo en 25.000.000 de pesetas, más IVA, ascendiendo, en total, a 28.857.120 ptas.

B) Que ciertas estipulaciones que se contienen en la escritura del leasing parecen ser simples modificaciones del documento precedentemente otorgado, cargándose a «Emison» una serie de impuestos y gastos que corresponderían a la propietaria y que ya se habían incluido en el precio del arrendamiento (Notaría, Plusvalía, Registro, Gestoría, Transmisiones Patrimoniales).

C) Que se impone a la usuaria –para el caso de que se considerasen aplicables al contrato las normas

arrendaticias urbanas– la renuncia de los beneficios que la legislación especial atribuye al arrendatario, como los derechos de tanteo, retracto y traspaso.

D) Que, se pacta que, para el supuesto de cualquier reclamación contra «Proleasing» la usuaria pagará los gastos que se ocasionen y, además, que se subrogará en la posición de aquella en orden al ejercicio de las acciones que pudieran corresponder a la misma, como adquirente del inmueble.

E) Del mismo modo se estipula que el arrendatario financiero se hará cargo del incremento fiscal hipotético que hubiere en el tiempo, que pudiera afectar a las rentas y al valor residual y que si los impuestos fuesen exigibles a Proleasing, acepta Emison pagar dichas cantidades a la financiera al primer requerimiento.

A la vista de todos los datos anotados, se concluye por el Tribunal de apelación que no nos hallamos ante una operación de leasing o de retroleasing, sino de préstamo con garantía real que está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, salvo muy concretos supuestos.

CUARTO. Ha de recordarse, ante todo, que la calificación de la naturaleza de los contratos y la interpretación de los mismos constituye función soberana de los Tribunales de instancia sólo revisable en casación si resultara ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales, lo cual no sucede en el caso que nos ocupa.

Esta Sala ha tenido ocasión en sus sentencias de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082) y 17 de julio de 2001 (RJ 2001, 6860) de establecer las diferencias existentes entre el leasing y el préstamo de dinero, afirmando que la primera de dichas figuras trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el tantumdem.

En tal contexto, en tanto que el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el leasing se financia la futura adquisición de un objeto.

Se añade que, dado que el lease-back es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra.

Esto es lo que sucede en el supuesto regulado por los dos contratos formalizados simultáneamente por los litigantes, ya que «Emison» no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria.

En consecuencia, la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a Proleasing la devolución de la suma que prestaba a Emison y el pago de los correspondientes intereses. Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil (LEG 1889, 27), prohibición que inequívocamente se mantiene vigente (sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1999 [RJ 1999, 4474], 13 de mayo de 1998 [RJ 1998, 3687] y 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1003], entre otras) las partes han optado por acudir al artificio de simular que Emison vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de Ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados.

En atención a todo lo expuesto han de ser rechazados los dos motivos del recurso que han sido objeto de conjunta consideración.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. PREVIO
- II. LA CUESTIÓN LITIGIOSA
- III. LEASE BACK Y PACTO COMISORIO

I. PREVIO

Con la sentencia que, seguidamente, nos proponemos comentar, el Tribunal Supremo tiene la oportunidad de pronunciarse acerca de una particular modalidad del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* conocida como *sale and lease back* –terminología de origen–, *leasing* o arrendamiento de retorno o, sencillamente, *lease back* o *retroleasing*, y, en concreto, en torno a la licitud de dicha figura contractual.

No es ésta la primera vez que nuestro Tribunal Supremo muestra su desconfianza y reservas respecto a la validez y legitimidad jurídicas de esta moderna técnica financiera, al considerarla una operación contractual que despierta serias sospechas en relación a la posible elusión de la prohibición del pacto comisorio que, en nuestro ordenamiento jurídico y para favorecer a la parte contratante más débil y tutelar el principio *par conditio creditorum*, establecen los imperativos arts. 1859 y 1884.2º CC, en cuanto puede servir de artificio para ocultar o encubrir un préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía.

Vayamos por partes.

II. LA CUESTIÓN LITIGIOSA

El *iter* procesal de la controversia enjuiciada en la sentencia en examen es, sucintamente, el siguiente: la representación de una entidad de *leasing* formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra una sociedad mercantil sobre resolución de contrato de arrendamiento financiero por impago de cuotas, devolución del bien arrendado y pago de cuotas debidas, pretensión estimada parcialmente por el Juzgado, que condenó a la empresa demandada, exclusivamente, al pago de la cantidad reclamada, rechazando el resto de los pedimentos.

Contra dicha resolución presentó recurso de apelación la empresa actora, el cual fue desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia de primera instancia.

Interpuesto recurso de casación por la mercantil demandante-apelante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

Las decisiones judiciales vertidas en las distintas instancias de dicho procedimiento se orientan, en un único sentido, a calificar la litigiosa relación jurídica como contrato de préstamo con garantía real y no como contrato de *leasing* en su modalidad de *lease back* o *retroleasing*, negocio jurídico que, al pretender vulnerar la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico, ha de declararse en fraude de ley y, en consecuencia, nulo.

III. LEASE BACK Y PACTO COMISORIO

En España, la figura del *sale and lease-back*, pese a ser de frecuente uso en la praxis empresarial y ofrecer una rica y compleja problemática, ha despertado, escasamente, la curiosidad de nuestra doctrina científica (en nuestro panorama doctrinal, contamos tan sólo con breves alusiones a la figura en los estudios del contrato de *leasing*, v. gr. GUTIÉRREZ VIGUERA: *El leasing como institución financiera*, Madrid, 1977, especialmente, por lo que atañe al *lease-back*, pgs. 43-44; DE LA VIÑA MAGDALENO: «El *leasing* como medio de financiación de la empresa: su problemática», en *AAMN*, t. XXI, 1978, pgs. 211-266, en concreto, pgs. 229-230 y «El *leasing* financiero como objeto de inscripción en el Registro Jurídico de Bienes», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1978, pgs. 75-110, en especial, pg. 84; ZAYAS SANZA: «El contrato de arrendamiento financiero inmobiliario», en

RJC, 1983-I, pgs. 217-243, en particular, pg. 231; ROJO AJURIA: *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987, en concreto, pgs. 33-34; DE PRADA GONZÁLEZ: «Observaciones en torno a algunas cláusulas de los contratos de *leasing*», en el *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, 1988, pgs. 639-679, en relación al *lease-back*, pg. 644; CORRALES ROMEO/GARCÍA-BORBÓN CASTAÑEDA/GONZÁLEZ LLANO/VERDÚ DÍAZ: *Manual de operaciones de Leasing Inmobiliario*, Madrid, 1986, pg. 50; VIDAL BLANCO: *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Madrid, 1977, pgs. 87-88; entre los estudios doctrinales que abordan directamente el contrato de *lease-back*, destacamos, CASADO BURBANO: «El *lease-back* inmobiliario, una alternativa más para la movilización de activos patrimoniales», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Madrid, 1985, pgs. 859-873; FELIÚ REY: «Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o *leasing de retorno*», en *Act. Civ.*, 1994-II, núm. 23/6-12 de junio, pgs. 429-435; el interesante trabajo de DE LA IGLESIA MONJE: «Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *RCDI*, núm. 635, t. 72, 1996, pgs. 1393-1431; MARTÍNEZ VELENCOSO: «El *lease-back* o *leasing de retorno*: distinción de otras figuras. Aplicación de la Ley de Usura. Comentario a la STS de 17 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1351]», en *RD Patr.*, núm. 1, 1998, pgs. 315-324 y en *RGD*, núm. 651, 1998, pgs. 14249-14262; PARRA LUCÁN: «Comentario a la Sentencia de 1 de febrero de 1999. Contrato de arrendamiento financiero [*leasing*]. *Lease back*», en *CCJC*, núm. 50, 1999, pgs. 823-840; BALLARÍN HERNÁNDEZ: «Comentario a la Sentencia de 20 de noviembre de 1999. Tercería de dominio. *Lease-back*. Compraventa: tradición *solo consensu*», en *CCJC*, núm. 54, 2000, pgs. 931-954; CILVETI GUBIA: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000. Diferencias del *leasing* y del *lease-back* o *retroleasing* con el contrato de préstamo simple o mutuo», en *CCJC*, núm. 55, 2001, pgs. 67-86 y, más recientemente, la monografía de PACHECO CAÑETE: *El contrato de lease-back*, Madrid, 2004), despreocupación científica, quizás, debida, entre otras razones, a la reciente –aunque ya relativamente– aparición de la fórmula financiera en el tráfico mercantil, a su origen anglosajón (lo que conlleva una importación a nuestro sistema jurídico sumamente cautelosa) y a la carencia de un régimen legal específico, que dificulta, sobremanera, su exacta calificación jurídica.

Ello contrasta, de forma considerable, con el profuso tratamiento doctrinal que el contrato de *sale and lease back* ha recibido en otros países de nuestro entorno, como Italia, cuya doctrina científica, pese a compartir con nosotros la orfandad normativa de la figura, dispensa al *lease-back* una constante atención (entre los autores que han estudiado detenidamente el *leasing di ritorno* se encuentran, entre otros, RUOZI/MOTTURA/CARRETTA: *Leasing '80*, Milano, 1977, en concreto, pgs. 27-33; FERRARINI: *La locazione finanziaria* [*leasing*], en *Trattato di Diritto Privato* diretto da Pietro Rescigno, t. 11 *Obbligazioni e contratti* –III, Torino, 1984, pgs. 15-17; OBERTO: «Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di *lease-back*. [Cass. 6 dicembre 1983, n. 7271]», en *Quadrimestre*, 1984, pgs. 347-377; DE NOVA: *Il contratto di leasing*. Milano, 1985; ID: «Appunti sul *sale and lease-back* e il divieto del patto commissorio», en *Riv. it. leasing*, 1985, fasc. 2, pgs. 307-309; ID: «Il *lease-back*», en *ibidem*, 1987, fasc. 3, pgs. 517-523; ID: «Identità e validità del *lease-back*», en *ibidem*, 1989, fasc. 3, pgs. 471-475; PELOSI: «Divieto del patto commissorio, *lease-back* e frode alla legge», en *Riv. it. leasing*, 1985, fasc. 1, pgs. 57-60; ID: «*Sale and lease back* e alienazioni a scopo di garanzia. [Trib. Milano, 3 marzo 1988]», en *ibidem*, 1988, fasc. 2, pgs. 445-455; ID: «*Lease-back*, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale», en *ibidem*, 1989, fasc. 3, pgs. 485-489; PURCARO: «Sulla liceità del *sale and lease-back*», en *Riv. it. leasing*, 1986, fasc. 3, pgs. 587-594; BUSSANI: «Il contratto di *lease back*», en *Contratto e impresa*, 1986, pgs. 558-617; CESARO: «*Lease-back* e patto commissorio», en *Riv. Not.*, t. XL, 1986, pgs. 790-833; MUNARI: «Validità e nullità del *sale and lease back* in relazione al divieto del patto commissorio. [Trib. Milano, 13 giugno 1985]», en *Riv. it. leasing*, 1986, fasc. 1, pgs. 172-183; SIMONE: «*Lease back*: cronaca di una morte annunciata [Trib. Vicenza, 12 luglio 1988]», en *Foro it.* 1989-I, pgs. 1251-1268; PACIFICO: «Aspetti civilistici del *lease-back*», en *Riv. it. leasing*, 1989, fasc. 3, pgs. 477-484; LIPARI: «*Lease-back* e trasferimento fiduciario a scopo di garanzia», en *Riv. it. leasing*, 1989, fasc. 3, pgs. 491-494; CLARIZIA: «*Lease back* e operazioni inesistenti», en *Riv. It. leasing*, Milano, 1989, núm. 2, pgs. 521 y ss.; DE ROSA: *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1, pgs. 213 ss.; DE NICTOLIS: «Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e *sale and lease-back*», en *Riv. Dir. Civ.*, 1991-II, pgs. 535-569 y *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, Padova, 1998; FANTAUZZI: «Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del *lease back*», in *Giust. Civ.*, 1992, II, pg. 485; FALABELLA: «Divieto del patto commissorio e *lease back*», en *Giust. Civ.*, 1993-II, pgs. 89-100; GITTI: «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, *sale and lease back*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1993, núm. 2, pg. 487; LANDI: «Il trattamento fiscale delle operazioni di *lease-back*», en *Riv. it. leasing*, 1993, fasc. 2, pgs. 283-292; RONCO: «Osservazioni a trib. Genova, 30/1/1992, in tema di *sale and lease back*», en *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1993, t. XX, pg. 430; CARBONE, *Le peculiarità del lease-back o sale lease-back*, in *Corriere Giur.*, 1995, pg. 1365; BONTEMPI:

«Divieto di patto commissorio e *lease back*», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, 1995, núm. 5, pg. 909; FANAN: *Lease back*, en *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, Torino, 1995, t. I, pg. 780; CHESSA: «*Sale and lease back*: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio», in *Giur. comm.*, 1994, II, pgs. 669 ss.; CINQUEMANI: «*Sale and lease back* tra liceità e frode al divieto del patto commissorio», in *Giur. it.*, 1996, I, 1, pgs. 1381 ss.; ANGELONI: «*Lease back*», en *Dizionario enciclopedico di Diritto*, Padova, 1996, vol. I, pg. 883; SCHERMI: «Leasing finanziario, *lease back* e patto commissorio», in *Giust. Civ.*, 1996, I, pg. 1744 ss.; ANELLI: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, especialmente, pgs. 464-490; SANTARSIERE: «*Sale and lease back* per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela», in *Arch. civ.*, 1997, pgs. 47 ss.; ROCCO: «Contratto di *sale and lease back* e divieto di patto commissorio: l'orientamento della suprema corte», in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1997, pg. 161; GHINI: «*Lease back*: provvisorio passaggio di proprietà e liquido per le iniziative imprenditoriali», in *Riv. dei dottori commercialisti*, 1999, pgs. 41-62; TAGLIAVINI/BUSSANI/BENAZZI/FELLEGARA/POLI/REGALLI/RONCHINI: *Il lease back. Caratteristiche del finanziamento e profili di ottimizzazione*, Milano, 2001 y BISINELLA/NESSI/TRABALLI: *Leasing. Lease back, factoring*, Napoli, 2004).

En el plano jurisprudencial, nuestro Tribunal Supremo se ha visto obligado a pronunciarse, en ocasiones (pocas, siendo ésta es una de ellas), acerca del contrato de *lease back* o arrendamiento financiero de retorno, empenándose en sus resoluciones judiciales, principalmente, en establecer las diferencias existentes entre el *leasing* y el préstamo simple o mutuo y en calificar el contrato de *lease back* de préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía y pacto comisorio (entre ellas, podemos señalar las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1351], 1 de febrero [RJ 1999, 524] y 20 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8615], 16 mayo de 2000 [RJ 2000, 5082], 22 de junio [RJ 2001, 5073] y 17 de julio de 2001 [RJ 2001, 6860]; y las de otros tribunales, como la SAP de Cantabria, Sección 1ª, de 19 de abril de 1999 [AC 1999, 859] la de la AP de Zaragoza, Sección 5ª, de 31 de marzo de 2000 [AC 2000, 1284], la de la AP Barcelona, Sección 13ª, de 30 de junio de 2000 [JUR 2000, 305444], la de la AP Murcia, Sección 4ª, de 17 de febrero de 2003 [JUR 2003, 93868], la del STSJ Madrid 25 abril 2003 [JT 2004, 1242], la de la AP Toledo, Sección 1ª, de 4 de junio [JUR 2003, 246777], la SAP Valencia, Sección 6ª, de 2 de octubre de 2003 [AC 2003, 2206], la de la AP Cantabria, Sección 2ª, 22 enero 2004 [JUR 2004, 61882] y, siendo ésta la última a la que hemos podido tener acceso, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, Sección 9ª, de 25 de julio de 2005 [AC 2005, 1551]).

Así lo vuelve a hacer en la sentencia que aquí comentamos, en la cual, siguiendo los pasos de algunas anteriores (cita *v. gr.* la STS de 16 de mayo de 2000 apenas reseñada), afirma, en su Fundamento de Derecho 4º, que el *leasing* trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que, por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el *tantundem*.

De este modo, en tanto que el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto.

Así las cosas, dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, «es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra», deduce el Supremo en la sentencia en estudio.

Tras este razonamiento lógico y descendiendo a la concreta contienda existente en torno a los dos contratos formalizados simultáneamente por los litigantes, puesto que la sociedad demandada no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria, el Tribunal Supremo concluye que la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a la entidad actora la devolución de la suma que prestaba a la demandada y el pago de los correspondientes intereses.

Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, prohibición que inequívocamente se mantiene vigente (cita las sentencias de la misma Sala de 15 de junio de 1999, 13 de mayo de 1998 y 18 de febrero de 1997, entre otras), las partes han optado por acudir al artificio de simular que la demandada vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, «incurriendo en un incuestionable fraude de ley que determina la

nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados» (FJ 4º).

De entrada, es preciso subrayar que nada nuevo aporta el Tribunal Supremo en esta decisión judicial en relación a lo ya establecido en las precedentes ocasiones en las cuales ha debido afrontar la problemática que gira en torno al *lease back*, si bien nos da pie para hacer una breve reflexión al respecto.

Esto dicho, siguiendo rigurosamente la lógica jurisprudencial contenida en la sentencia en examen, nos formulamos el siguiente interrogante: ¿existe, para el Tribunal Supremo, el contrato de *lease back* en sí y por sí?; de otro modo, ¿le otorga, desde su óptica, algún espacio de legítima operatividad como un negocio con autonomía e identidad propias dentro del vasto panorama contractual o, por el contrario, toda operación de *lease back*, por su propia naturaleza, enmascara tras de sí un simple préstamo con garantía real de su cumplimiento y vulneración de la prohibición del pacto comisorio siendo, por tanto, nulo radical en todo caso? Dado que no faltan pronunciamientos judiciales en torno a la legítima validez del contrato de *lease back* al amparo del principio de autonomía privada *ex art.* 1255 CC (*v. gr.* SSTS de 21 de noviembre de 2000 y 22 de junio de 2001) y de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en la que, según es unánime opinión, parece encontrar acomodo esta modalidad de *leasing*), debe concluirse que el Supremo confiere al *sale and lease back* una propia autonomía contractual.

Sin embargo, tras el reconocimiento abstracto de su licitud (limitado, más bien, a considerar que dicho contrato no está prohibido por la ley), nos sorprende cómo los enjuiciamientos de los concretos casos litigiosos se dirigen, prácticamente, a considerarlo un negocio jurídico fraudulento dirigido a infringir la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro Derecho.

Ciertamente, el *lease back* o *retroleasing* es un tipo de *leasing* que presenta, frente al arrendamiento financiero, rasgos propios de carácter singular, pero ello no ha de implicar necesariamente el cuestionamiento jurídico de su validez y licitud que, en nuestra opinión, tiene mucho que ver con su estructura bilateral (a lo que parece apuntar también la SAP de Zaragoza de 31 de marzo de 2000, al señalar: «...la fórmula se aproxima mucho al crédito puro, pues al fallar la trilateralidad propia del "leasing" [proveedor-financiera-arrendatario], estamos más bien ante un modo de préstamo con cesión de la propiedad en garantía fiduciaria») frente a la natural trilateralidad que caracteriza al *leasing* tradicional, en el que interviene el proveedor que vende el bien a la entidad de *leasing*, la cual, a su vez, lo arrienda al cliente, quien se obliga a pagar a cambio la correspondiente cuota y dispone, al final del período, de la posibilidad de comprar el bien hasta entonces arrendado.

Por contra, la bilateralidad propia del *lease back*, ante la ausencia de uno de los sujetos mencionados, el tercero proveedor del bien, siendo el propio cliente y futuro usuario (quien, de este modo, desempeña un doble rol, siendo parte de dos contratos distintos) el que vende un elemento de su activo patrimonial a una empresa especializada, unida a su atipicidad normativa (que constriñe a la búsqueda de algún tipo contractual análogo para determinar el régimen normativo aplicable), lo aproximan, innegablemente, a los esquemas contractuales del mutuo o de la venta con pacto de retro (acerca de ésta, ya nos pronunciamos, detenidamente, en otra sede: *La compraventa con pacto de retro en el Código civil*, Valencia, 2000, en concreto, pgs. 88-97, y, con el deseo de evitar ser repetitivos, no nos extenderemos nuevamente sobre ello) seguidos de un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra entre el vendedor y la sociedad de *leasing*.

El esquema que presenta el *lease back* consiste en que un empresario o profesional, propietario de un bien mueble o inmueble —éste viene siendo el más frecuente en la práctica, aunque destaca también su uso en el sector aeronáutico—, de naturaleza instrumental para el ejercicio de su actividad productiva, lo vende a una sociedad de *leasing*, la cual, en el mismo acto (de modo que cada contratante se asegura de la eventualidad de alguna marcha atrás por la contraparte), cede su uso, mediante arrendamiento financiero, al propio vendedor a cambio del pago de un canon periódico durante un plazo determinado, con la facultad del enajenante-arrendatario de readquirir la propiedad del bien arrendado al finalizar el contrato, ejerciendo un derecho de opción de compra por un precio residual preestablecido en el contrato.

De este modo, mediante el *leasing* de retorno, la empresa realiza una venta y arrendamiento de sus propios activos productivos, pagando los cánones periódicos correspondientes a su goce y disfrute, pudiendo, al final del plazo, volverlos a adquirir ejerciendo la opción de compra.

Como puede fácilmente apreciarse de esta compleja operación económica consistente en la combina-

ción contractual venta-*leasing*, el *lease back* es un instrumento de financiación y garantía que posibilita al empresario o al profesional obtener liquidez, de forma inmediata, vendiendo y arrendando sus propios activos fijos o inmovilizados, de los cuales puede seguir disfrutando al no tener que desposeerse de ellos (si bien pasa a poseerlos bajo una veste diversa, necesariamente distinta a la de dueño, siendo éste, pues, un claro caso de *constituto possessorio*), lo que permite su aprovechamiento ininterrumpido en el proceso productivo y, si así lo desea, después comprarlos nuevamente.

Sin duda alguna, su particular estructura bilateral y el fin económico o práctico pretendido con la operación financiera descrita, posibilitan la inmediata obtención de dinero con el capital inmovilizado, alejan al *retroleasing* del *leasing* tradicional (trilateral –proveedor, empresa financiera y arrendatario– y dirigido a la obtención de bienes) acercándolo considerablemente al préstamo simple o mutuo y a toda su problemática (en síntesis, pacto comisorio, usura y cláusulas abusivas), de ahí el recelo que, en nuestros tribunales, despierta el contrato de *lease back*.

Notable parecido guarda, indudablemente, esta forma de financiación con el préstamo simple con garantía hipotecaria o prenda sin desplazamiento (la de un bien del patrimonio del prestatario), que también tiene, como principal virtud, el facilitar el acceso al crédito entregando bienes en garantía del cumplimiento de la deuda sin necesidad de desprenderse de ellos.

En esta misma línea, la operación de *sale and lease back*, al permitir movilizar capitales ya invertidos para obtener una inmediata disponibilidad de líquido o efectivo que puede ser reinvertido en ulteriores actividades productivas, respondiendo, así, a exigencias organizativas y financieras de una empresa, manifiesta una evidente función de financiación (constituyendo, para el sector empresarial, una válida alternativa a los tradicionales canales de crédito) con cierto carácter de garantía a través del traspaso del dominio del bien arrendado a la sociedad de *leasing* arrendadora.

Sin embargo, aparte de tener implicaciones contables, económicas y fiscales muy positivas para el empresario que, por el contrario, el préstamo hipotecario no comporta, el *lease back* es, posiblemente, un instrumento que se caracteriza por una mayor rapidez y facilidad de concesión (téngase en cuenta que la mercantil financiera preferirá el *sale and lease back* antes que el préstamo hipotecario, pues, además de obtener mayor utilidad económica con los cánones que cobra que con los intereses del mutuo con garantía hipotecaria, se convierte en propietaria del activo productivo en cuestión desde un primer momento) así como por una mayor flexibilidad de adaptación, pues se adecua mejor a las específicas características y necesidades empresariales en términos, principalmente, de cuotas y plazos, respecto a los préstamos bancarios tradicionales con garantía hipotecaria; sùmese a ello el permitir el reparto del riesgo de obsolescencia técnica del bien entre el usuario-concedente y la sociedad de *leasing*, dato de enorme interés nada desdeñable si tenemos en cuenta los continuos avances tecnológicos que comportan un vertiginoso envejecimiento de los bienes de capital, convertidos en obsoletos no por el normal desgaste de su uso, sino por su acelerado desplazamiento por otros bienes más sofisticados.

Frente a las numerosas ventajas y bondades que brinda a las empresas en comparación al préstamo simple, el *lease back* tiene, como aspecto negativo, el hecho de la pérdida del bien en caso de impago de los cánones del *leasing* por parte del usuario del mismo y anterior propietario suyo, punto éste que hace que la figura se preste a ser fácilmente utilizada para disfrazar un pacto comisorio y, por ello, constituye éste el centro neurálgico de todas las críticas.

Así lo advierte la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba (Sección 9ª) de 25 de julio de 2005, en su FJ 5º: «no hay duda que el “lease-back” o *leasing* de retorno es un negocio fiduciario, en cuanto que instrumento de financiación y garantía que posibilita al empresario obtener liquidez de forma inmediata, mediante el abandono provisional de la propiedad de un inmueble o bien de equipo. Precisamente, la doctrina ha advertido del riesgo de este tipo de operaciones, por cuanto pueden ser instrumentos para eludir la prohibición de pacto comisorio que proclama el artículo 1859 del Código Civil, pues el “lease-back” es una operación susceptible de encubrir un préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía, incluso de un crédito anterior concedido por un banco o entidad financiera del mismo grupo que la sociedad arrendadora, con lo que podría utilizarse para frustrar las expectativas de los terceros acreedores y alterar la *par conditio creditorum*, especialmente en previsión de futuras situaciones concursales –que es lo que ha sucedido en este caso–».

Sin embargo, la prohibición legal del pacto comisorio, en virtud del cual el acreedor, en caso de impago del crédito garantizado, no puede pretender hacer suya la cosa ofrecida en garantía haciendo

abstracción de su valor (casi siempre superior al del crédito) y sustrayéndola de la regla de la *par conditio creditorum*, no puede ser, por sí sola, la única causa justificante para negar, apriorísticamente, toda validez al contrato de *sale and lease back*, al igual que no lo es para el préstamo simple hipotecario o para cualquier otro contrato que pueda ser utilizado con similares fines ilícitos o fraudulentos.

El uso anómalo o indirecto del *sale and lease back*, sirviendo para encubrir un contrato de mutuo con garantía real atípica con la que se pretende burlar uno de los principios fundamentales de nuestro sistema como es la prohibición del pacto comisorio, no va indisolublemente unido a la figura financiera del *lease back*, sino que pertenece a su eventual patología y que, como consecuencia necesaria del traspaso de los confines de la licitud, ha de comportar su nulidad radical.

De este modo, ha de reconocerse al *sale and lease back*, en su correcta utilización, una plena autonomía causal respecto a las figuras contractuales con las que presenta puntos de contacto.

Para ello, algunos datos o elementos indiciarios de carácter jurídico-económico pueden ayudarnos a concluir que estamos ante una verdadera y lícita operación de *lease back* (lo que no quedó suficientemente acreditado en el supuesto de hecho que comentamos) y no frente a un negocio fraudulento o lesivo de la prohibición del pacto comisorio:

- la idoneidad y conveniencia del contrato de *lease back* para satisfacer adecuadamente los intereses perseguidos por las partes contratantes frente a las múltiples fórmulas financieras que ofrece el mercado crediticio;
 - la condición de los contratantes, en particular, que la entidad concedente sea una empresa de *leasing* habilitada para el ejercicio de la actividad financiera con fines de crédito y sometida a la disciplina administrativa propia de ese tráfico, de tal modo que la concesión en *leasing* de un bien se inserta en el normal desarrollo de su actividad empresarial;
 - la naturaleza del bien objeto de la operación, que debe ser un bien instrumental para el ejercicio de la actividad empresarial y, por ello, ofrece poco interés, a la sociedad de *leasing*, por ser ajeno a su actividad económica y, normalmente, de difícil colocación en el mercado;
 - la finalidad socioeconómica que únicamente se persigue con la venta del activo productivo es obtener inmediata liquidez mediante el precio y poder seguir disfrutando de él mediante el *leasing*, con la esperanza de poder recomprarlo a su término (de modo que la readquisición del bien por parte del usuario y titular de la opción de compra sólo es eventual y requiere un nuevo consentimiento al respecto, sin que se produzca automáticamente como consecuencia de la devolución de una suma de dinero), pero no la de garantizar la restitución de una determinada cantidad dineraria mediante la transmisión formal de la propiedad del bien a la entidad financiera.
- En este sentido, dado que, en la operación de *lease back*, la compraventa no es un contrato accesorio con fines de garantía, sino presupuesto esencial y necesario para que el bien pueda ser concedido en *leasing* por la entidad financiera a su anterior propietario (constituyendo los cánones, exclusivamente, la contraprestación del goce del bien y no la mera restitución de una suma prestada junto a sus intereses), se habla de venta celebrada con fin de *leasing* y no con fin de garantía.
- en íntima relación con lo anterior, el puro (en el sentido de no sujeto a condición –suspensiva o resolutoria– alguna), definitivo y verdadero traspaso de la propiedad del bien arrendado a la sociedad de *leasing* (por ello que ésta pueda libremente disponer del bien, lo que no sucedería si la compraventa fuese hecha con función fiduciaria) desde el momento de perfección de la compraventa (aun en la forma simbólica de «solo consenso» *ex art.* 1463 CC, como señala la STS de 22 de junio de 2001), y no como efecto del impago en el término contractualmente fijado;
 - la sana y solvente situación económica de la empresa vendedora-usuaria, que, al disponer de inmovilizado y precisar de tesorería o liquidez para acometer nuevas inversiones, recurre al *lease back* como medio para conseguir efectivo (a través de la venta y el precio obtenido en ella) y no como única salida a una situación angustiosa o comprometida;
 - la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones de ambas partes contratantes a la hora de determinar el precio de venta, los cánones del *leasing* y el precio de la opción de compra (dato éste que, según el detenido examen de las estipulaciones contractuales que realizó la Audiencia Provincial en el litigio en examen, determinó su calificación de préstamo con garantía real y no de *retroleasing*; véase el Fundamento de Derecho 3º de la sentencia);
 - la inversión de la suma obtenida en la venta en reconversiones o adquisiciones de nuevas instalaciones tecnológicas.

Tales indicadores sintomáticos relacionados con la génesis negocial de la operación y con el particular

comportamiento de los contratantes deben ser valorados, en su conjunto, por el intérprete a través del análisis casuístico de las singulares transacciones que realizan en el tráfico los operadores económicos, siendo su deber indagar y verificar, caso por caso, si los fines efectivamente perseguidos por las partes y reflejados en la regulación contractual (de especial relevancia, al tratarse éste de un contrato atípico), permiten apreciar la subsistencia de un auténtico *lease back* merecedor de tutela jurídica o, por el contrario, la existencia de una causa ilícita o de un fraude de la ley que prohíbe el pacto comisorio y, por consiguiente, su invalidez.

En definitiva, a nuestro entender (por fortuna, siempre discutible), la configuración jurídica del contrato de *lease back* es todavía incierta y de perfiles poco nítidos, lo que requeriría que doctrina y jurisprudencia continuasen trabajando en ella con el objetivo de alcanzar, principalmente, las siguientes ideas conclusivas:

- se trata de un auténtico y lícito contrato *de leasing* (del que tan sólo le diferencia la coincidencia en el *lease back* de las calidades de vendedora y usuaria en la misma empresa y la eliminación de la fase previa de elección del bien y su adquisición de un tercero, aspectos escasamente relevantes como para negar que se trate de una operación de *leasing*), que goza de plena autonomía estructural y funcional, de modo que no es reconducible a otros tipos contractuales, por mucho que se le parezcan;

- en defecto de prueba, en el caso concreto, del intento de constituir una garantía real o de la existencia de una maquinación fraudulenta para eludir la prohibición legal del pacto comisorio, el contrato de *sale and lease back* es, indiscutiblemente, válido, pues, en sí mismo, no está preordenado a tales fines, si bien, como cualquier otro contrato, se halla eventualmente expuesto al peligro del abuso. En otras palabras, no es de recibo adoptar, prejuiciosa o apriorísticamente, una actitud negativa frente a un contrato perfectamente lícito como es el contrato de *lease back*.

- hoy por hoy, el contrato de *sale and lease back* es una valiosa técnica o herramienta útil y eficaz para las empresas que desean obtener financiación inmediata sin recurrir a las alternativas fórmulas de crédito tradicionales que, desde tiempos lejanos, ofrece el mercado financiero, respecto a las cuales y en una valoración de conjunto, puede llegar a ser más apropiada y conveniente para el sector empresarial.