

# El contrato de suministros y el arrendamiento financiero

Begoña Pérez de Eulate

Letrada de la Secretaría General de Régimen Jurídico y Desarrollo Autonómico del Gobierno Vasco

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) parece haber logrado una buena transposición de la normativa comunitaria en materia de suministros, en particular de la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio <sup>(1)</sup>, lo que implica una notable modificación del art. 83 de la Ley de Contratos del Estado, cuya redacción quedaba bastante alejada de dicha normativa.

**E**l nuevo concepto que de los contratos de suministros recoge el art. 172 de la LCAP tiene amplitud y heterogeneidad incluyéndose en él diferentes modalidades, antes excluidas de la regulación de los contratos administrativos típicos. Este nuevo escenario ha tenido una buena acogida por parte de la doctrina <sup>(2)</sup>, si bien con la presente expo-

sición se trata de reflexionar sobre una de las modalidades que, en concreto, aparece expresamente citada en la Directiva 93/36, con la intención de inducir al debate sobre esta materia; debate que, estoy segura, enriquecerá a aquellos lectores interesados.

Según la Directiva son contratos de suministros los celebrados por escrito, a título oneroso, que tengan por objeto la **compra, arrendamiento financiero, arrendamiento o la venta a plazos** de productos. La entrega podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación.

Transcrita la definición haremos la comparación con el concepto que de *suministros* efectúa la LCAP. Según el art. 172 de la Ley, se entiende por contrato de suministro

(1) Publicada en el DOCE de 9 de agosto de 1993 y que tiene como objetivo hacer efectiva la libertad de circulación de productos, tratando de conseguir una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos de suministros paralela a la eliminación de las restricciones operantes en este sector.

(2) Entre las críticas favorables me permito nombrar a LUIS COSCULLUELA MONTANER (Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ed. Civitas. Madrid 1996, pags. 783 y sgs.), y entre quienes muestran dudas acerca de tal amplitud de concepto, SALVADOR MONTEJO VELILLA (Contratos de las Administraciones Públicas. El Consultor Madrid 1995, pag. 847).

el que tenga por objeto la **compra, arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles.**

Quedan excluidos los inmuebles, las propiedades incorporales y los valores negociables; así como los que realicen los organismos autónomos de carácter industrial, comercial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial. En tercer lugar se excluyen los contratos de suministro de naturaleza privada celebrados por entes de derecho público que actúan en régimen de derecho privado y en los que no concurren los requisitos que se señalan en el artículo 1.3 de la LCAP.

El art. 173 explicita que en todo caso se considerarán incluidos en el artículo anterior una serie de contratos que responden en el primer apartado al **contrato de suministro típico.** Es decir, aquellos en los que el empresario esté obligado a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

El segundo apartado se refiere a la adquisición y arrendamiento de **equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos.** Se ha recogido la normativa que estaba dispersa anteriormente regulándola de forma unitaria.

Dicha normativa se encontraba principalmente en el Decreto 2572/1973 de 5 de octubre (Pliego de Cláusulas administrativas generales para la contratación de equi-

pos y sistemas de tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas). Las definiciones que da la nueva Ley son básicamente idénticas a las contenidas en el citado Decreto <sup>(3)</sup>.

La LCAP excluye la adquisición de programas de ordenador ya que se considera contrato de servicios.

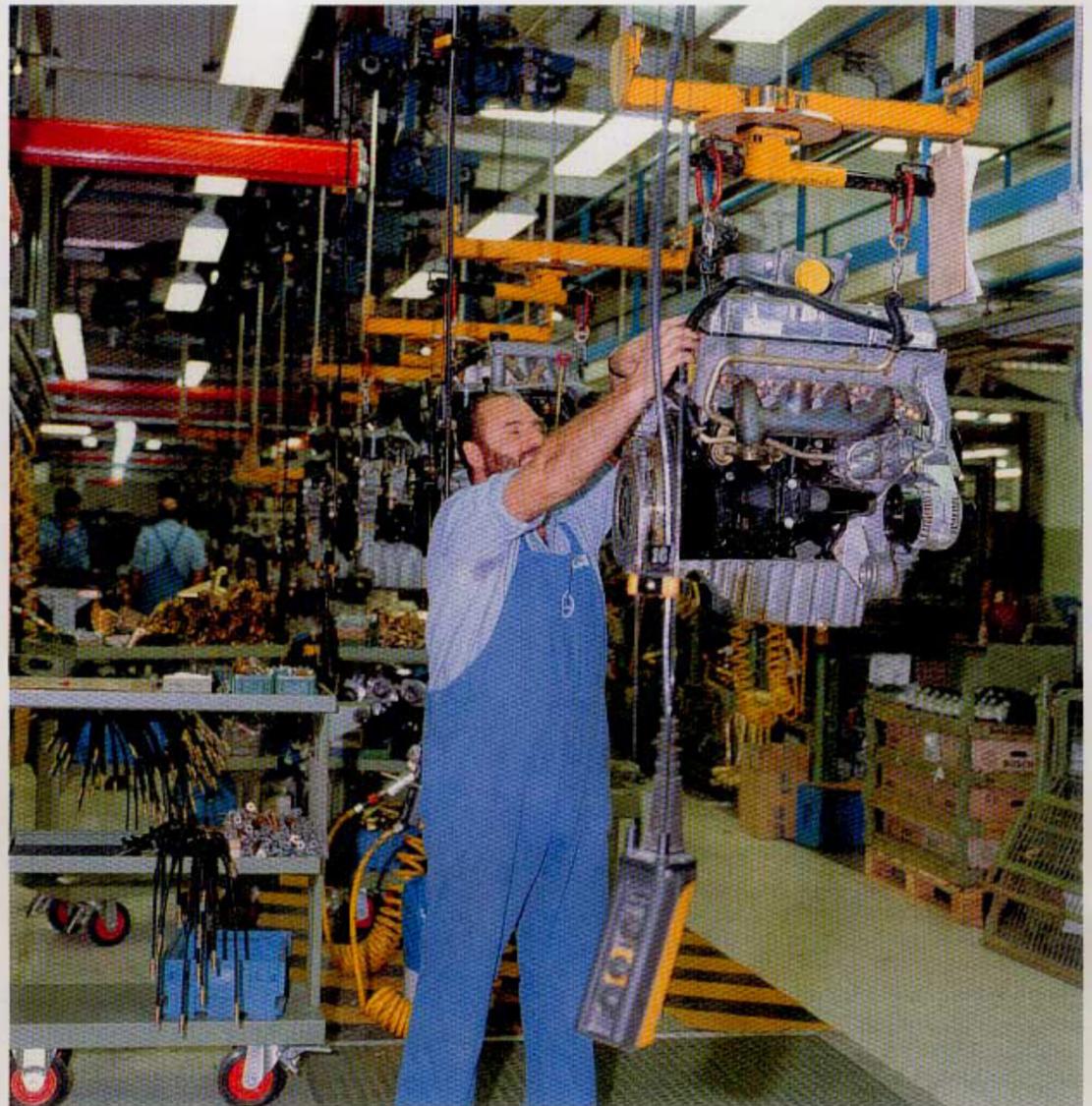
En cuanto al tercer apartado del art. 173, se califica como contrato de suministro al **contrato de fabricación;** es decir, cuando la cosa o cosas que han de ser entregadas por el empresario deben ser elaboradas con arreglo a determinadas características fijadas por la Administración.

*(3) También debe tenerse en cuenta que el art. 239 del Reglamento de Contratos ya sujetaba a sus prescripciones a las adquisiciones de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas.*

A este contrato se le aplican las normas del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, salvo las relativas a su publicidad que serán, en todo caso, las del contrato de suministro.

Como se puede comprobar la remisión a la normativa del contrato de obras no es automática porque será el órgano de contratación quien decida qué normas les son aplicables, y en todo caso las reglas de publicidad serán las del contrato de suministros, de tal forma que aquí la Ley es más exigente pues el umbral de publicación para los contratos de suministros es inferior al de obras.

Sobre el **arrendamiento,** la única referencia detallada es la que aparece en el art. 175 que habla sobre la obligación de *mantenimien-*



to del bien, la necesidad de que el *canon* se fije separadamente y la *duración* de estos contratos, en los cuales la prórroga deberá ser expresa y nunca por un periodo superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior.

El motivo de esta exposición se centra en una de las figuras que, apareciendo dentro del concepto que de *suministros* se da en las Directivas, no ha sido recogida de forma expresa en la transposición aparecida en la LCAP, como es el **arrendamiento financiero**.

## **Arrendamiento financiero o leasing**

Dentro del marco de las empresas dedicadas a operaciones de crédito las sociedades de arrendamiento financiero o *leasing* <sup>(4)</sup> ocupan un lugar característico. La aparición del arrendamiento financiero como actividad empresarial del *ámbito financiación* ha supuesto una nueva etapa en la búsqueda de fórmulas jurídico-económicas capaces de satisfacer las necesidades diversificadas del tráfico de bienes y mercancías.

Surgido en EE.UU en el sector del transporte a mediados del presente siglo, este sistema supone que la empresa de financiación adquiere para sí y por encargo de su cliente un bien determinado, cuya utilización cede al mismo cliente por

un período de tiempo, concluido el cual, el cliente puede adquirirlo del grupo financiero o devolverlo a dicho grupo.

Con independencia de que la adquisición final se lleve o no a término, esto es, con independencia de que el cliente decida en su momento ejercitar la opción de compra que le ha sido concedida, la empresa de financiación percibe de dicho cliente la contraprestación inicialmente pactada por sus servicios, contraprestación establecida en función de la inversión realizada en la operación.

En el fondo de este sistema se entiende que el interés de las empresas actuantes no queda contraído tanto en adquirir bienes productivos e incorporarlos a su patrimonio, como en emplear dichos bienes en sus actividades comerciales, al margen de que su propiedad corresponda o pertenezca a terceras personas, siempre que exista respecto de aquellos bienes el oportuno título que permita su utilización y, en consecuencia, su incorporación al circuito productivo de bienes o servicios.

El sistema, por tanto, es susceptible de aplicación sobre los llamados *bienes de equipo de capital productivo*, pero no sobre las mercaderías asignadas a la reventa o de materias primas con destino a su transformación industrial y posterior colocación en el mercado. Tampoco lo es en cuanto a bienes perecederos o de consumo más o menos inmediato.

La integración de estas operaciones en el sector crediticio ha sido plenamente reconocida por la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito que lo considera un **contrato crediticio**, y a las entidades que lo realizan entidades de crédito.

**La venta a plazos implica la concesión de un crédito directo por parte del vendedor contra un compromiso de pago futuro**

Podríamos señalar tres fases en la realización del arrendamiento financiero. La primera marcada por la **adquisición** por el empresario de *leasing*, del bien a que el negocio jurídico se refiere. En el *leasing* se especifica tanto el bien u objeto como quién ha de transmitirlo; es decir, el vendedor. Asumida esa especificación por el empresario de *leasing* le corresponde concertar su adquisición. El contrato de adquisición es un contrato autónomo que, aún estando dentro de la operación de *leasing*, difiere de este contrato <sup>(5)</sup>.

La **cesión temporal de uso** constituye la segunda fase de las relaciones obligaciones del arrendamiento financiero. Dicha cesión se caracteriza porque el bien ha de ser utilizado para una finalidad específica. Por este uso el cliente paga una cuota, pero dentro de las finalidades a satisfacer por el precio pagado no se encuentra sólo la utilización del bien (cosa que si ocurre en los arrendamientos comunes), sino que en el *leasing* dentro de la cuota se incluye la adquisición del bien y, eventualmente, su transferencia dominical última por un precio añadido o residual.

(5) AP Barcelona, S 5 de julio de 1986. TS, S 17 de diciembre de 1987.

(4) He realizado una selección bibliográfica sobre el tema acudiendo a los siguientes autores: VILLAR URIBARRI, J.M. (*Régimen jurídico del leasing*. Madrid 1993); CORRALES ROMEO J.M. y GARCÍA-BARDÓN CASTAÑEDA J. (*Sociedad de financiación, leasing y factoring*. Madrid 1991); AMAT, O. (*El leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones*. Bilbao 1989); SEGURADO LLORENTE, J.L. (*El leasing*. Barcelona 1992), y L. ROJO AJURIA (*Leasing mobiliario*. Madrid 1987).

La tercera fase viene definida por la **opción de compra** <sup>(6)</sup> a la que tiene derecho el cliente, derecho que se ejercita unilateralmente y que sólo podrá ser eficaz al concluir el periodo de utilización del objeto. En el supuesto de que el cliente ejercite el derecho en cuestión, la satisfacción de ese derecho y el cumplimiento de la correlativa obligación del empresario impondrá la realización entre ellos de la oportuna compraventa en el precio llamado *residual*, si bien hay sectores de la doctrina que estiman que no hay necesidad de tal contrato, sino que el simple ejercicio de la opción lleva a la perfección del contrato de compraventa <sup>(7)</sup>.

La regulación legal del arrendamiento financiero en nuestro país ha girado en torno al estatuto de las entidades crediticias y al tratamiento fiscal de estas operaciones, sin que la relación de negociado propiamente dicha haya sido regulada en su aspecto sustantivo.

(6) La Dirección General de Registros y Notariado en Resolución de 12 de mayo de 1994 expresa tajantemente que en el contrato de arrendamiento financiero ha de incluirse necesariamente, por imperativo legal, una opción de compra a su término a favor del usuario. Del mismo parecer AP Lleida, S de 8 de noviembre de 1995.

(7) Así el doctor JUAN GARCÍA BARBÓN, y entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990, y el 4 de abril de 1987. Por su parte, la DGRN, R de 12 de mayo de 1994 explicita que "el ejercicio de la facultad de adquisición exige una declaración de voluntad recepticia dirigida a la sociedad de leasing dentro del plazo fijado en el contrato, que deberá justificarse fehacientemente, y a la que debe ir unida la entrega o, en su caso, la consignación del valor residual, si bien la transmisión no se operará hasta que se formalice la venta, y no se podrá inscribir en el Registro hasta el otorgamiento de la escritura pública bilateralmente entre ambas partes, a no ser que se haya pactado en el contrato inicial el otorgamiento unilateral por el adquirente cumpliendo los requisitos exigibles. Por ello, desde el punto de vista registral se ha de distinguir entre la inscripción del derecho que surge del contrato y la inscripción de la venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición".



No obstante, la mejora ha sido apreciable y así la **Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito**, dispone que:

*"Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles e inmuebles, adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario".*

En resumen, el arrendamiento financiero queda definido por las siguientes notas:

- ▶ Adquisición ad causam del bien según especificaciones del futuro usuario.
- ▶ Cesión del uso del bien a dicho usuario.
- ▶ Opción de compra a favor del mismo ejercitable al término del arrendamiento financiero.
- ▶ Pago de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas que tienen dos componentes:

\* La parte destinada a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, cuyo importe anual deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual.

\* La carga financiera exigida por la Sociedad de Arrendamiento Financiero.

## *Venta a plazos*

La venta a plazos implica la concesión de un crédito directo por parte del vendedor, que aporta un bien presente ofrecido en venta, contra un compromiso de pago futuro. No aparece por tanto la intervención de un tercero ajeno a los intereses comerciales.

*La aparición del arrendamiento ha supuesto la búsqueda de fórmulas jurídico-económicas para satisfacer las necesidades del tráfico de bienes y mercancías*

Las diferencias entre el contrato de arrendamiento financiero y la compraventa a plazos ha sido ampliamente comentada por la jurisprudencia y a ella nos remitimos, entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1983, 28 de mayo de 1990 y 30 de abril de 1991, reseñando, de esta última, uno de sus fundamentos jurídicos:

*“El contrato de leasing requiere la intervención de tres personas: una que suministra el bien a que afecta; otra que haciéndose cargo del mismo dispone de él en favor de un tercero, a quien financia a efectos del pago al suministrador de dicho bien, mediante una modalidad arrendaticia de tal índole con facultad de derecho de opción o continuidad del vínculo arrendaticio financiero del que lo adquiere en tal modalidad arrendaticia y éste que en realidad queda desplazado del abono del precio al precitado suministrador del bien, por haberse hecho cargo de tal precio la entidad financiera, para repercutirlo en el arrendatario financiado mediante el tan citado vínculo arrendaticio creado; por lo que faltando el tercero financiador, falta el elemento esencial preciso para que el vínculo jurídico creado venga vinculado por contrato de leasing, que además exige una entidad autorizada a tal fin”.*

## **Financiación de la venta a plazos**

En la financiación de la venta a plazos la entidad financiera ejercita una actividad mediadora entre el propietario del bien que desea venderlo y quien desea adquirirlo. La realización de la compraventa se concierta directamente entre el propietario del bien y el adquirente,

aunque la percepción por el vendedor del precio de venta del bien es satisfecha, fundamentalmente, con los recursos aportados por el financiero, sin que el comprador desembolse sino una pequeña parte de aquel. Se da una recepción posesoria del bien por el comprador que adquiere un compromiso de pago frente al que pone el dinero, creándose a favor de éste unas determinadas garantías de tipo dominical sobre el bien que tiende a proteger el cobro de los derechos de crédito<sup>(8)</sup>.

## **Arrendamiento de bienes muebles**

Se produce una cesión de uso por parte del propietario del bien fijándose el precio o contraprestación, no sólo en relación a la duración del contrato, sino también (en los últimos tiempos) en relación a su utilización.

Por imposición del juego de la oferta y la demanda algunas empresas vendedoras instrumentaron nuevas líneas comerciales en forma contractual de arrendamiento a la que se incorporaba una opción de compra en favor del arrendatario.

Existe también la modalidad denominada *leasing operativo* que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento. En esta modalidad la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y

*(8) Gran parte de la jurisprudencia dictada en esta materia se ha dirigido a distinguir el leasing de la compraventa a plazos, si bien, en muchas ocasiones la diferenciación se hace con respecto a la operación de financiación de la venta a plazos; es decir, la semejanza con el leasing se produce, más que en relación a la venta a plazos, con respecto a un préstamo de financiación al comprador comprendido en los arts. 1 y 3.2 de la Ley 17 de julio de 1965, de Ventas a Plazos.*

asistencia. Por el contrario, en el *leasing financiero* todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etc., del bien financiado, corren de cuenta del usuario, a quien incluso pueden alcanzar (si así se pacta), todos los riesgos, desde el realtivo a la idoneidad del material (por sustitución convencional del usuario para el ejercicio de las acciones de saneamiento frente al vendedor), hasta el de pérdida por caso fortuito<sup>(9)</sup>.

## **Leasing de retorno o lease-back**

Tal y como lo ha expuesto Manuel I. Feliú Rey<sup>(10)</sup> el *lease-back* es un contrato complejo integrado por un arrendamiento y contrato de opción, ostentando el empresario financiero la calidad de arrendatario y de optante, respecto de un determinado bien que con anterioridad fue transmitido por dicho empresario a la entidad financiera.

La mecánica consta de dos fases: consiste en una venta de un determinado bien por parte de la empresa que precisa financiación a la sociedad de *leasing*, comprometiéndose la empresa vendedora a pagar las cuotas de arrendamiento financiero correspondientes al mismo bien, a la sociedad de *leasing*, concediendo esta última a la empresa vendedora, una opción de compra del bien transmitido, ejercitable al finalizar el período de arrendamiento.

Existen ciertas diferencias entre el *leasing* propiamente dicho y la

*(9) En este sentido, Sentencia del TS de 10 de abril de 1981 (RAJ 1532/1981) y AT Valencia, S 2 de diciembre de 1986.*

*(10) Feliú Rey, M.I. (Actualidad Civil 1994/2).*

modalidad de *leasing de retorno* que concretaremos en una puramente económica (en el *lease-back* no se trata de ampliar la producción directa o indirectamente con nuevos equipos, sino que se intenta reparar los fallos financieros de programas anteriores que han ido mal), y en otra que versa sobre la falta, en esta figura, de la trilateralidad propia del *leasing*, ya que son únicamente dos los sujetos que intervienen en la operación.

## Arrendamiento financiero y contrato de suministros

Establecido el marco definitorio del *leasing* y conocido el del contrato administrativo de suministros, necesitados de encontrar la transposición real que de la Directiva 93/36/CEE se ha hecho *por mor* del art. 172 de la LCAP, me surgen dudas a la hora de encajar la figura que acabamos de analizar en el régimen jurídico del contrato de suministro. En mi opinión, y tal como el legislador ha regulado este contrato, es difícil encontrar un espacio para el contrato de *leasing*.

Se puede comentar que la LCAP habla de arrendamiento y, por tanto, podría integrarse dentro de esta categoría al arrendamiento financiero ante la falta de precisión de la Ley; así como que a la postre si se ejercita la opción de compra nos encontraríamos con una adquisición de bienes y de no ejercitarla estaríamos ante una cesión de uso cuasitípica de todos los arrendamientos.

Pero dos son las notas que a mi juicio lo excluyen del contrato de suministros:

La primera, y fundamental, es la **caracterización de instrumento crediticio** o financiero que conceptualiza al *leasing*. Como hemos apuntado el arrendamiento financiero es básicamente una operación de crédito con intervención de entidades de esta índole.

La segunda es la **irregularidad semántica** advertida en la Ley, ya que a raíz de la Ley de Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito el *leasing* es denominado por la única norma que lo regula como arrendamiento financie\*\*\*ro y nunca como simple arrendamiento.

En este sentido conviene mencionar el Dictamen del Consejo de Estado nº 1270/93 de 2/12/93 relativo al anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que dice así:

*"El Consejo muestra su juicio favorable al anteproyecto en los términos en que se presenta, estimando correcta la transposición llevada a cabo. Todo ello sin perjuicio de las observaciones concretas*

*que se harán en determinados artículos".*

En cuanto al art. 172 (170 en el anteproyecto) el Consejo de Estado dictamina lo siguiente:

*"La definición del contrato de suministro en el anteproyecto no coincide suficientemente con la directiva 93/36. Convendría que los conceptos se acercasen todo lo posible y que coincidieran en su objeto. Según la directiva, los contratos públicos de suministro tienen por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos. En tal sentido parece conveniente que el concepto legal de este artículo incluya expresamente el arrendamiento financiero o leasing".*

Como se puede apreciar el Dictamen del Consejo de Estado no es concluyente pero deja la puerta abierta para posibles interpretaciones que, sin lugar a dudas, se producirán en torno a este tema. Espero haber sugerido un cauce de reflexión. ■

