

ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONTRATACIÓN COMERCIAL MODERNA: TEORÍA DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO MOBILIARIO

MARÍA ELENA RIVERA PRÖSCHLE
Universidad Adolfo Ibáñez

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de analizar la distribución de los riesgos en este contrato comercial, lo definiremos diciendo¹ que es un contrato de carácter generalmente mercantil, a través del cual un usuario o lessee elige determinados bienes de capital para que sean adquiridos por la empresa de leasing o lessor, con el objeto de que ésta le ceda su uso y goce, tras el pago correlativo de una renta por un cierto espacio de tiempo, transcurrido el cual, el usuario² o lessee, determinará si persevera en el contrato, sea que se trate del mismo bien o que lo sustituya por otro que elija; si ejerce la opción de compra, previo pago de un valor residual equivalente a lo que reste para la amortización del valor del bien; o, si finalmente, pone término al contrato, restituyendo el objeto que recibió.

De este modo, la teoría de los riesgos en el contrato de leasing viene a determinar la suerte de la obligación de pagar las rentas y eventualmente, la de restituir los objetos dados en leasing, para el caso de que éste bien se pierda o perezca.

¹ Ver en este sentido, diferentes conceptos de leasing, citados por: FERNANDEZ GONZALEZ, N. y RUIZ LARRAL, C., *El contrato de leasing*, Valparaíso, Memoria Universidad de Valparaíso, 1994, pp. 10 a 17; Freeman C., R., *Leasing! trama financiera de las empresas*, Santiago, Ediar Editores Ltda., 1983, pp. 18 a 21.

² El término usuario, puede ser objeto de críticas, por cuanto en el derecho civil patrimonial, se reserva esta expresión para el titular del derecho real de uso, en circunstancias que no sucede lo mismo en el leasing, puesto que el derecho de uso constituido, es sólo personal. A pesar de ello y teniendo presente que no nos referimos a la constitución del derecho real de uso, utilizaremos esta expresión puesto que nos parece menos confusa que el término arrendatario; sin perjuicio de la salvedad anterior, se usará indistintamente la expresión usuario o el término lessee, este último técnicamente correcto, pero de escasa aplicación práctica en nuestro país. En todo caso, debemos tener presente que la expresión «usuario» es empleada por la ley española nº 26 de 1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Esta ley al definir el contrato de leasing financiero, señala que las partes son el usuario y el arrendador.

2. APORTE LEGISLATIVO

En nuestro país la actividad de leasing no ha sido objeto de una regulación orgánica. Analizaremos alguna de las normas positivas pertinente al tema en comento:

2.1 Los riesgos del contrato en la ley 19.281

La ley 19.281 regula la actividad del mal llamado leasing inmobiliario. Sin perjuicio que el objetivo de este trabajo ha sido el análisis del leasing mobiliario se hará referencia a estas normas, puesto que son contrarias a la distribución de riesgos a la que alude nuestra doctrina, intentando desentrañar la diferencia de criterio.

El art. 36°, en su inciso primero dispone que: *Si la vivienda sufre destrucción total o parcial o tiene daños que la hagan inhabitable, a juicio de la Dirección de Obras Municipales correspondiente, que no sean imputables a hecho o culpa del arrendatario, el costo correspondiente lo asumirá la sociedad inmobiliaria durante la vigencia del contrato de arrendamiento con promesa de compraventa. Esta obligación incluirá la entrega de una vivienda de parecidas características para la habitación del arrendatario y su familia, por el plazo que dure la reparación o se le reemplace por otra.*

En relación a la norma legal transcrita, debemos tener presente que:

- a) se trata de daños ocurridos en el inmueble que es objeto del contrato de leasing.
- b) se ha producido una pérdida total o parcial.
- c) los daños no son imputables al usuario o lessee, es decir, estamos en presencia de caso fortuito o fuerza mayor.

A pesar de reunirse los mismos elementos que hemos analizado en el caso del leasing mobiliario, la solución es diametralmente opuesta: en este caso, los riesgos son asumidos por la sociedad inmobiliaria (en el caso del leasing financiero equivaldría al proveedor).

2.2 De las diferencias entre el leasing financiero y el contrato regulado por la ley 19.281

La ley 19.281 ha sido considerada como la primera norma positiva que regula la actividad de leasing. Pero si atendemos a los caracteres del contrato que se regula en este cuerpo normativo, de su sola lectura podemos advertir que no se trata del leasing financiero, ya que no se han consignado los elementos esenciales que lo constituyen. En efecto, se trata más bien de un contrato de arrendamiento con promesa de compraventa.

Consignaremos algunas diferencias de texto que existen con nuestro contrato de leasing financiero.

El leasing se caracteriza por contener al término del contrato una triple opción que cede en beneficio del usuario o lessee, la que ejercerá a su arbitrio. En el caso de la ley 19.281, no hay propiamente una opción extendida en favor del usuario, sino que por el contrario, la celebración de la compraventa es obligatoria para ambas partes. Así, el Art. 27° de la ley 19.281, fija la época de la celebración de la venta, estableciendo que deberá celebrarse al cumplirse cualesquiera de los siguientes requisitos:

- Se cancele en su totalidad el precio convenido en el contrato de promesa de venta.
- Se cumpla el plazo convenido para la celebración del contrato.
- Se pague el seguro de desgravamen por fallecimiento del arrendatario.

Además de los términos imperativos usados en la disposición citada, el inciso segundo señala que, en el evento de que ocurran cualquiera de las hipótesis consignadas, las partes tendrán el plazo de 90 días para celebrar el contrato de venta. La parte que incurra en mora de celebrar el contrato de venta deberá pagar una multa por cada mes de atraso en beneficio del otro contratante, de acuerdo con la tabla confeccionada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En este estado de cosas, la opción no existe.

No sólo es obligatoria la celebración de la compra, sino que también han desaparecido las otras alternativas que se establecían para el usuario, consistente en la renovación del contrato por otro período y la devolución de los bienes. En el caso de la ley 19.281, el usuario (arrendatario y prometiente comprador) pretende adquirir el dominio de los bienes. Como hemos señalado en reiteradas oportunidades, el usuario puede llegar a ser dueño, lo que dependerá en definitiva de sus requerimientos como empresa. Con todo, en el caso de la ley 19.281, se habilita al arrendatario prometiente vendedor a sustituir la vivienda arrendada por otra, siempre que esté de acuerdo la sociedad inmobiliaria (art. 26° inciso cuarto).

En la ley 19.281, el contrato recae sólo sobre inmuebles destinados única y exclusivamente a la habitación o vivienda, sin poder celebrar el contrato en inmuebles con un destino diferente como puede ser la instalación de una oficina o dependencias (Art. 39°). En el leasing financiero el contrato recae sobre bienes de capital productivo, orientado a la actividad de empresa. El contrato de leasing de la ley 19.281 termina en el caso de que se cambie el destino habitacional del inmueble (34° N° 3).

La diferencia anotada precedentemente no sólo dice relación con los bienes objeto del contrato, sino que con el carácter preferentemente mercantil de la operación de leasing. El contrato regulado al amparo de la 19.281, se enmarca en el ámbito exclusivamente civil, atendiendo fundamentalmente al destino dado a los bienes en que recae.

En el contrato de leasing, la empresa o lessor adquiere los bienes, cediendo el uso y goce al usuario o lessee. En el caso de la ley 19.281, la empresa que financia la compra no adquiere el inmueble, sino que sólo se hace cargo del financiamiento al cumplirse las condiciones para que tenga lugar la celebración de la venta prometida. Así, las rentas del arrendamiento se pagan directamente a la sociedad inmobiliaria. La empresa de leasing sólo se hace cargo de su pago en caso de mora del arrendatario (Art. 37°, inciso tercero). De lo expuesto, podemos apreciar que la empresa de leasing, llamada institución por la 19.281, sólo tiene un rol de garantía frente a la sociedad inmobiliaria.

El contrato regulado por la ley 19.281 es solemne. Debe ser otorgado por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes junto con una prohibición de gravar y enajenar (Art. 26°). El leasing financiero es consensual, sin perjuicio de que normalmente consta por escrito para los fines previstos en el Art. 1709° del Código Civil.

La ley 19.281 obliga a suscribir seguro contra incendio y desgravamen. La pri-

ma del seguro de incendio es pagada por la sociedad inmobiliaria en su calidad de dueña de los bienes. El seguro de desgravamen es pagado por el arrendatario (art. 42°).

A modo de conclusión, debemos consignar que el contrato regulado por la 19.281 dista de ser un contrato de leasing, de manera que las normas sobre el problema de los riesgos no resultan ser, en caso alguno, aplicables.

2.3 Los riesgos en el Decreto Supremo N° 14 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Transportes, publicado en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1992

El Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, dictó el Decreto Supremo N° 14/92 por intermedio del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. El Decreto establece los requisitos que deben reunir los vehículos de transporte que han sido adquiridos a través de la celebración de un contrato de leasing para el transporte terrestre internacional de carga y de pasajeros.

La importancia del Decreto Supremo es doble. Por un lado reconoce autonomía al contrato de leasing y, por otro lado, establece la distribución de los riesgos, dejándolos a cargo del usuario o lessee.

En efecto, el Decreto Supremo N° 14 establece las condiciones que son necesarias para que se habilite a vehículos que han sido objeto de leasing, para realizar la actividad de transporte. Los dos primeros requisitos son de apreciación formal, es decir, es necesario que se trate de vehículos nuevos, en los que corresponda el año de fabricación con la solicitud de habilitación para el transporte y que la cantidad de vehículos no exceda de un determinado porcentaje (50% del volumen de los vehículos de la empresa). Además, es necesario que se exhiba copia del contrato de leasing.

El último requisito es de apreciación. Consiste en que la convención que celebren las partes, coincida con el concepto de leasing formulado por el mismo decreto. En el número tercero del decreto, se contiene una definición de lo que debemos entender por leasing. La definición es importante no sólo desde un punto de vista meramente ilustrativo, sino porque en su parte final se consigna la distribución de los riesgos dejándolos a cargo del usuario o lessee. El decreto define al leasing en los siguientes términos: «el contrato en virtud del cual una empresa de leasing da en arrendamiento a otra persona vehículos adquiridos a su solicitud, aptos para el servicio internacional de transporte de pasajeros o carga para el uso de esta última, a cambio de pagos periódicos que recibirá por un plazo determinado, pudiendo el arrendatario ejercer al fin del período una opción de compra de los mismos por un precio predeterminado. *En estos contratos serán irrevocables para el arrendatario, éste asumirá los riesgos y gastos de la conservación de las especies*».

De este modo, podemos advertir cómo la norma reglamentaria establece que son de cargo del usuario o lessee, los riesgos por la pérdida de la cosa dada en leasing. De manera que, si no se consigna esta obligación, faltaría uno de los requisitos esenciales del leasing de vehículos de transporte. Esencial por cuanto integra el concepto de leasing. El origen de esta obligación deja de ser meramente contractual para elevarse al rango normativo. Es decir, las partes deben pactarlo en sus contratos porque hay una norma de carácter reglamentario que así lo dispone. Lo anterior, a diferencia de los demás contratos de leasing en los cuales no se ha incorporado

esta noción como elemento esencial, sino que la distribución de los riesgos radica en la voluntad de las partes o, en último caso, en la práctica seguida por las empresas de leasing nacionales.

3. EJEMPLO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN EL ARTÍCULO 69 DE LA LEY GENERAL DE INSTRUMENTOS DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES (MÉXICO)

Antes de comenzar el estudio del contrato de leasing regulado por la legislación mexicana, debemos tener presente las diferencias conceptuales que existen con el leasing financiero nacional. No obstante lo anterior y pese a las diferencias que se consignan en los números siguientes, se trata básicamente del mismo contrato en lo que dice relación con sus efectos, es decir, en cuanto a las obligaciones que emanan para las partes y en cuanto a los caracteres del contrato.

El leasing financiero aparece regulado positivamente en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares como consecuencia de las modificaciones introducidas por decreto publicado en el Diario Oficial el día 30 de diciembre de 1981³. En este cuerpo normativo se dedican algunos artículos a la regulación y definición del leasing financiero.

3.1 Opciones de lessee al término del contrato

Una vez expirado el plazo por el cual se celebró el contrato de leasing financiero, se establecen tres opciones en favor del lessee para que las haga efectiva al término del contrato. En el Art. 65° de la citada ley mexicana se establecen tres opciones al término del contrato que ceden en beneficio del lessee pero difieren a las nuestras en cuanto a su contenido. Lo anterior, por cuanto se faculta para ejercer o una opción de compra o una opción de prórroga del contrato por un nuevo período; hasta este punto no hay diferencia. Pero en el caso de que se ejerza la opción de restitución de los bienes a la empresa de leasing ésta los venderá a un tercero entregando parte del precio de la venta al lessee según las proporciones acordadas en el contrato. Es decir, en este caso, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, el lessee recupera parte de lo invertido en la celebración del contrato. En nuestro país la empresa de leasing intentará recolocar el producto celebrando un nuevo leasing con otra persona sin que el lessee originario tenga participación alguna en el dinero que obtenga la empresa de leasing.

En la legislación mexicana es posible variar el contenido de la opción, es decir, se pueden incorporar otras opciones para el lessee siempre que sean autorizadas por reglas de carácter general impartidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Públi-

³ Si se quiere profundizar en el estudio de las normas legales que regulan la actividad de leasing, revisar los siguientes cuerpos legales: ley de 26 de abril de 1966, sobre normas fiscales relativas al leasing; Oficio Circular N° 537-6194; Oficio N° 537-9032 de 30 de julio de 1970, sobre tratamiento fiscal; ley de 19 de noviembre de 1974 sobre normas fiscales relativas a la actividad de leasing.

co. En nuestro ordenamiento sería posible por la autonomía de la voluntad que rige todo el íter contractual, pero en este caso podría alterarse la naturaleza jurídica del contrato, puesto que las opciones pueden ser consideradas como elementos de su esencia.

Las opciones cedidas en favor del lessee se ejercen al término del contrato, de manera que el lessor no sabe qué opción elegirá su lessee sino hasta el término del mismo. En la legislación mexicana, en cambio, se puede ejercer la opción de manera anticipada sin poder luego sustituirla, haciéndose, por tanto, responsable de los perjuicios ocasionados en razón del incumplimiento.

En nuestro país, si el lessee no se manifiesta por ninguna de las opciones, se interpreta su silencio entendiéndolo que acepta o rechaza la opción de compra según sea la compañía de leasing de que se trate y según los términos en que se haya redactado el contrato. En la legislación mexicana, para el caso en que la opción deba ejercerse al término del contrato, el lessee debe notificar por escrito al lessor con a lo menos un mes de anticipación al vencimiento del contrato bajo sanción de responder de los perjuicios que cause su omisión .

3.2. De los bienes susceptibles de ser dados en leasing

En nuestro país el leasing financiero mobiliario recae en bienes de capital, sin perjuicio de que para un sector de la doctrina podría recaer en bienes de distinta naturaleza incluso tratándose de derechos incorporales⁴. En la legislación mexicana, si bien surge vinculado a los bienes de capital, sólo se exige que se trate de bienes susceptibles de ser enajenados y de ceder su uso y goce a terceros^{5 y 6}.

3.3. Distribución de los riesgos en el caso del leasing financiero

Para los efectos de analizar la teoría de los riesgos en el leasing financiero es necesario distinguir los siguientes momentos:

3.3.1 De la situación anterior a las modificaciones introducidas en la ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares

Antes de la entrada en vigencia de la citada reforma legal se discutía en la doctrina cuál debía ser la solución al problema de los riesgos. La práctica determinaba que los riesgos eran asumidos por el lessee⁷. Sin embargo, se trataba de una obligación de índole contractual. Se cuestionaba la validez de semejante estipulación⁸ sobre

⁴ Ver en este sentido lo expuesto en FERNANDEZ GONZALEZ, N. y RUIZ LARRAL, C. , ob cit., pp. 65 a 69.

⁵ Cfr. VÁZQUEZ PANDO, F., *Reflexiones en torno al arrendamiento financiero*, México, Artículo publicado en Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 14, 1982, p. 419.

⁶ Si se quiere profundizar en el tema de las empresas de Leasing mexicanas, ver BUGEDA LANZAS, J., *La Sociedad Arrendadora Financiera como organización auxiliar de crédito*, México, artículo publicado en la Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 14, 1982, p. 402 a 415; LEON TOVAR, S. « *El arrendamiento financiero* », México, publicación del Instituto de las Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de México, 1989, pp. 85 a 114.

⁷ Cfr, LEON TOVAR, S., ob.cit. p. 45.

⁸ Cfr. VÁZQUEZ PANDO, F., ob. cit., pp. 427 y 428.

todo por la estrecha vinculación existente a la sazón con el arrendamiento, puesto que en este último contrato los riesgos son asumidos por el *arrendador en su calidad de dueño* de los bienes.

Se descartaba, de este modo, la aplicación por analogía de las normas del arrendamiento por razones estrictamente económicas. Lo anterior, puesto que en el leasing no sólo hay una cesión del uso y goce de bienes, sino que se trata de una modalidad para el financiamiento de una empresa que recibe un «crédito indirecto».

Dicha analogía no resultaba adecuada si consideramos las distintas finalidades perseguidas con la celebración de estos contratos y fundamentalmente el hecho de que los bienes son adquiridos según la elección del usuario o lessee sin que la empresa de leasing o lessor tenga alguna injerencia. Reafirma la anterior conclusión el marcado carácter financiero del leasing que cede en beneficio del lessee. Desde esta perspectiva lo más lógico será que asuma los riesgos del contrato⁹.

3.3.2. De la situación actual

La ley regula el problema de los riesgos en el Art. 69º, que señala:

«Salvo pacto en contrario, son a riesgo de la arrendataria:

I. Los vicios o defectos ocultos de los bienes que impidan su uso parcial o total. En este caso, la arrendadora financiera transmitirá a la arrendataria los derechos que como compradora tenga, para que ésta los ejercite en contra del vendedor, o la legitimará para que la arrendataria en su representación ejercite dichos derechos;

II.- La pérdida parcial o total de la cosa por causa de fuerza mayor o caso fortuito, y

III.- En general, todos los riesgos, pérdidas, deterioros, robos, destrucción o daños que sufrieren los bienes dados en arrendamiento financiero.

Frente a las eventualidades señaladas, la arrendataria no queda liberada del pago de la contraprestación, debiendo cubrirla en la forma en que se haya convenido en el contrato».

Sobre esta norma debemos tener presente, que si bien a través de la regulación positiva del leasing se le da autonomía al contrato, no es menos cierto que sigue estando presente la imprecisión en el uso de los términos.

A través de esta norma se solucionó gran parte del problema de los riesgos puesto que los colocó a cargo del lessee o usuario, salvo que las partes acuerden algo diverso manifestándolo expresamente. Se basa en la idea del «full paid lease» (que la renta se cubra en todo caso).

La solución sentada por el Art. 69º ha sido criticada por la doctrina¹⁰, puesto que produce el absurdo de tener que pagar por bienes que han desaparecido sin que exista responsabilidad por parte del lessee. En definitiva, la solución alternativa que plantean consiste en la extinción de la obligación liberando al lessee del pago de las rentas no vencidas porque dicho pago carecería de causa y así también se evita que la empresa de leasing se enriquezca injustamente.

La ley que reguló el contrato de leasing sólo se preocupó de solucionar el pro-

⁹ Cfr. VÁZQUEZ PANDO, F., ob. cit., p. 428.

¹⁰ Cfr. LEON TOVAR, S., ob. cit., p. 71.

blema de los riesgos durante la vigencia del contrato y siempre que estemos en el supuesto de que se haya efectuado la entrega de los bienes dados en leasing. Nada menciona sobre los riesgos antes de que se efectúe la entrega. Recordemos que la obligación de entregar corre a cargo del proveedor; lo mismo sucede en los contratos de leasing nacionales. Frente al vacío legal, interpretando literalmente el precepto contenido en el Art. 69º, ya citado, Fernando Vázquez¹¹ sostiene que todo riesgo es asumido por el lessee puesto que la norma no distingue. Se inclina por esta solución con el objeto de reembolsar los gastos en los que incurrió la empresa de leasing con la celebración del contrato, gastos que en términos generales se constituyen por el dinero pagado por la compra del bien¹².

4. ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: DE LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

La jurisprudencia nacional es bastante escasa o prácticamente inexistente, quizás por la complejidad de la actividad mercantil. Lo anterior nos ha llevado a que ciertas materias nunca sean objeto de pronunciamiento judicial. En el caso del leasing financiero, ha sido llevado a los tribunales por distintas materias. Lamentablemente los juicios de leasing que pudieran ser relevantes para nuestro estudio, o no se han fallado, o sus resultados no han sido publicados. En el ámbito mercantil, la Jurisdicción Ordinaria ha sido sustituida por la Jurisdicción Arbitral, sin que existan publicaciones periódicas de estos tribunales especializados, entrándose la investigación relativa a fallos judiciales.

Sin embargo, esta tendencia de no llevar a los Tribunales de Justicia problemas de relevancia no significa de manera alguna que en nuestro país nunca se haya presentado la discusión, sino que dichos fallos no han podido ser conocidos por quien escribe estas líneas. La falta de jurisprudencia en materia de leasing también se presenta en países del derecho comparado.

A pesar de lo expuesto, existe en nuestro país un fallo publicado¹³. La sentencia fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago conociendo del Recurso de Protección, Rol IC. 421-92.

La importancia de dicho fallo radica en que por primera vez la jurisprudencia de nuestros tribunales reconoce la autonomía del leasing financiero como contrato distinto a otras figuras semejantes, cuyas normas de fondo podría aplicarse en caso de controversia judicial.

Si bien dicho fallo sólo se refiere a un recurso de protección deducido, y no a la teoría de los riesgos que es el objeto de nuestro estudio particular, en la sentencia de

¹¹ Cfr. VÁZQUEZ PANDO, F., *ob.cit.*, p. 428.

¹² Sobre este tema nos inclinamos por una postura contraria a la sostenida por Vázquez Pando. En la legislación mexicana la transmisión de los riesgos en los contratos mercantiles se vincula con la idea de la entrega material de los bienes, de este modo me parece que con mayor razón el riesgo lo debe soportar el proveedor, indemnizando los perjuicios causados tanto al lessee como al lessor. La fuente de dicha obligación deriva de la compraventa conexas al leasing.

¹³ Gaceta Jurídica N° 144, 1992, p. 66.

la Corte de Apelaciones no sólo se reconoce la autonomía como contrato, sino que se analiza algunas de sus características, dentro de las cuales se alude directamente al tema de los riesgos.

Sobre el particular hay, en efecto, dos alusiones:

4.1 En relación a la mantención de los bienes dados en leasing

Sobre este punto, la sentencia señala: «La obligación de mantener el buen estado de la cosa dada en *leasing*, esto es, las reparaciones necesarias, a parte de las locativas, corresponden al usuario; esta obligación se entiende pues este tipo de contrato tiene por objeto que el usuario pueda llegar a ser dueño de la cosa si hace efectiva su opción de compra al término del plazo prefijado»¹⁴.

Debemos tener presente que no necesariamente el usuario va ejercer la opción de compra, sino que puede poner término al leasing restituyendo las especies, o bien, puede renovar el plazo del contrato ya sea que sustituya o no el bien dado en leasing. La decisión que adopte el usuario o lessee sobre este punto se determinará atendiendo a sus necesidades y requerimientos como empresa. Bástenos sólo con recalcar que el dominio no es la única forma de relación que se puede ejercer en los bienes, sino que a través de la alternativa del leasing, a bajos costos, se pueden explotar los mismos bienes sin ser su dueño.

4.2 En relación a la obligación de mantener asegurados los bienes

El fallo citado señala que «entre las obligaciones del usuario está aquella de contratar seguros, aunque puede pactarse que éstos los tome el dueño de los productos dados en *leasing* pero con cargo del usuario. Esto se entiende debido a que lo que se pretende es que los bienes dados en leasing pasen a la propiedad del usuario por lo cual resulta justo que asuma los *riesgos*».

Recordemos que el usuario puede llegar a ser dueño de los bienes, pero no siempre sucederá de este modo, ya que esta alternativa depende de su voluntad y de sus intereses.

Lo importante es que sobre este punto la jurisprudencia sentada es bastante clara: los riesgos son asumidos por el lessee o usuario. Por esto mismo es que pone a su cargo la obligación de pagar la prima del contrato de seguro.

4.3 De los fundamentos que justifican la distribución de riesgos planteado por el fallo

En el fallo se parte de la base que el usuario celebró el contrato en el entendido de que se hará dueño de los bienes dados en leasing, una vez que transcurra el plazo establecido en el contrato. Es decir, la transmisión de los riesgos se vincula directamente con el problema de la transmisión del dominio. En este caso, la propiedad sigue siendo del lessor o empresa de leasing, la que sólo se transfiere al lessee o usuario en la medida que ejerza la opción de compra extendida en su beneficio. Sin

¹⁴ Considerando sexto letra e del fallo citado en la nota anterior.

embargo, pareciera que de la sola celebración del leasing se presume su intención decidida a adquirir los bienes, trasladando los riesgos desde la celebración del contrato de leasing financiero.

La noción de dominio no debe marcar necesariamente el momento de la transmisión de los riesgos, por lo que ello no debería ser el fundamento para su distribución.

5. SOLUCIONES DADAS POR LA PRÁCTICA SEGUIDA POR LAS EMPRESAS DE LEASING¹⁵

5.1 De la regla general aplicable a los riesgos durante la vigencia del leasing

En materia de riesgos, las empresas de leasing han seguido una misma política: los riesgos son asumidos por el usuario o lessee. Lo anterior se logra a través de la inclusión de cláusulas especiales, en las que se expresa que los riesgos, cualquiera sea su envergadura o fuente, serán de cargo del usuario; sin perjuicio de lo expuesto, en la práctica se yuxtapone a la celebración del leasing un contrato de seguro por el cual los riesgos se trasladan a una compañía aseguradora.

El lessee no sólo asume los riesgos por la pérdida total del bien dado en leasing, sino que además se deja de su cargo la pérdida parcial; es decir, se pacta que en el caso de ocurrir un siniestro parcial y atendiendo a si el bien puede ser reparado, los costos de dicha reparación también son asumidos por el usuario o lessee. Si el bien no puede ser reparado, el lessee igualmente debe pagar las rentas.

Además, al lessee, por el mismo clausulado se le impone la responsabilidad por los deterioros que provengan de vicios redhibitorios. Esto es sin perjuicio de que luego podrá accionar en contra del proveedor, ya que estas acciones aparecen cedidas por la empresa de leasing. Si bien no corresponde tratar ambas obligaciones en una misma cláusula, se justifica sólo en cuanto a que en ambos casos se produce el mismo efecto. Es decir, ninguno de los dos casos enunciados habilita al lessee a no pagar los cánones del contrato. Los daños causados a terceros también son de cargo del usuario, y en el evento de que la empresa de leasing pague alguna indemnización por estos conceptos, deberá ser restituida por el usuario o lessee.

A pesar de la falta de normas positivas que regulen la materia, existe una postura clara al respecto: los riesgos los asume el lessee o usuario. El lessee asume los riesgos cualquiera sea su monto o envergadura, es decir, son de cargo del lessee tanto los riesgos que produzcan una pérdida o destrucción total como en el caso de la pérdida parcial. La cláusula que establece los riesgos a cargo del lessee tiene el carácter de adhesión. Es decir, es formulada por la empresa de leasing sin admitir negociación por parte del lessee, éste se obliga a aceptarla en bloque.

¹⁵ Para un mayor análisis de las sociedades de leasing revisar las siguientes circulares: Circular N° 939 del 16 de abril de 1990, impartida por la Superintendencia de Valores y Seguros; circulares impartidas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras N° 2257 del 22 de mayo de 1987; N° 2393 del 7 de octubre de 1987; N° 2392 del 9 de septiembre de 1988; N° 2405 del 2 de noviembre de 1988; N° 6 del 4 de julio de 1989.

5.2 De los riesgos antes de la entrega del bien

En los contratos de leasing se estipula que la obligación de entregar los bienes es de cargo del proveedor, un tercero extraño al leasing, que se vincula al mismo por la conexión contractual¹⁶ que se da con la compraventa que le precede.

En materia de riesgos, estos pueden acaecer mientras se encuentre pendiente la obligación de entregar. En este caso, ¿de quién son los riesgos? Antes de responder esta interrogante debemos partir de la base que en los contratos de leasing no se estipula desde qué momento se trasladan los riesgos al usuario, sino que las empresas de leasing se valen de expresiones tan generales como «*todo riesgo es de cargo del lessee*».

Si analizamos aisladamente los riesgos sólo considerando la compraventa, que constituye el contrato cuyas obligaciones se extinguen, deberíamos concluir que éstos son de cargo del comprador desde el perfeccionamiento del contrato, y aunque no haya operado la tradición. De este modo, la empresa de leasing asumiría el riesgo. Pero no parece lógico hacer responder de los riesgos a la empresa de leasing, que no tiene interés en hacerse dueña de la cosa.

Esta compraventa debe entenderse en su conexión con el contrato de leasing, de manera que la compraventa al encontrar su causa en el leasing y precisamente en la intención de ceder el uso y goce al lessee, en el supuesto de que se produzca la extinción del objeto vendido por el proveedor produce la extinción de la obligación de entregar el bien.

Por tanto, también debería extinguirse la obligación de pagar el precio. Entendido de esta manera, los riesgos de la pérdida por caso fortuito son de cargo del proveedor.

Tampoco parece lógico que sea el usuario el que deba responder de este riesgo. Puesto que la expresión «todo riesgo» no debe ser interpretada en el sentido de que no se debe distinguir el momento desde que este ocurra, haciendo responsable al lessee, desde la celebración del leasing, sino que debe ser interpretado atendiendo a su justificación y fundamento. De este modo, perfeccionado el contrato de leasing, el lessee debería pagar igualmente las rentas aún cuando no reciba las cosas.

De manera que, al parecer, los riesgos producidos antes de la entrega son de cargo del proveedor, siempre que no se haya pactado algo diverso y siempre que el lessee no se encuentre en mora de recibir los bienes. En el primer caso, porque deberá estarse a lo pactado. En el segundo caso, porque si las especies se extinguen por mora del lessee en recibir los bienes, es lógico que deba asumir los riesgos, ya que el propio usuario o lessee ha buscado ponerse en esta especial situación de peligro.

Nuestra anterior interpretación, no sólo parece ser más ajustada a derecho sino que resulta acorde con la exoneración de responsabilidad pactada por la empresa de leasing en la cláusula relativa a la entrega de los bienes. En estas cláusulas las empresas de leasing o lessor estipulan que no asumirán ningún riesgo en la entrega de

¹⁶ Se dice que un contrato es conexo «cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por la razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante». Concepto formulado por LÓPEZ FRIAS, A. M., *Los contratos conexos*, Barcelona, José María Bosch Editores S.A., 1994, p. 273.

las mercaderías, los que son de cargo exclusivo del proveedor, cediendo al usuario o lessee las acciones que le pudiesen corresponder en contra del proveedor.

6. CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS RIESGOS

Tratándose del leasing financiero, debemos tener presente que su sola presencia implica la derogación de las reglas generales. En efecto, el leasing surge fundado en la idea de usar y gozar las cosas con miras a obtener un beneficio con el cual se pague el importe de los bienes y lo que reste redunde en rentabilidad para el lessee, aun cuando el lessee no sea el dueño de los bienes. El lessee, por sobre la idea de detentar la propiedad de los bienes que necesita para la explotación de su industria, prefiere valerse del derecho de uso y goce cedido en su beneficio.

A través de este apartado no se pretende construir la teoría de los riesgos en el contrato de leasing financiero desde un punto de vista exclusivamente dogmático, sino que, por el contrario, la idea es partir de la experiencia del derecho comparado con especial consideración a los principios sentados por las empresas de leasing nacionales y la escasa práctica judicial chilena a la que hemos hecho referencia. Desconocer la realidad con fines dogmáticos carece de sentido práctico.

Ahora bien, el sentido de este apartado es más bien realizar un juicio crítico de la realidad con el fin de elaborar, a partir de ella, la teoría general de los riesgos aplicable en materia de leasing financiero.

6.1 Momento que fija la transmisión de los riesgos en el contrato de leasing financiero

Determinar el momento que fija la transmisión de los riesgos en el contrato de leasing financiero implica deslindar responsabilidad durante las distintas etapas de ejecución del contrato.

En forma previa debemos hacer presente que, al efecto, existen básicamente tres posiciones doctrinales relativas al tema en comento aplicables a la teoría general de los riesgos y que han recibido sanción legislativa. Esta son, a saber, las siguientes:

6.1.1 De la doctrina del perfeccionamiento del contrato

Según esta doctrina, la traslación de los riesgos se produce desde que el contrato se reputa perfecto; lo anterior, puesto que la celebración del contrato importa la idea de que hay un principio de enajenación de los bienes a pesar de que no hayan entrado material ni jurídicamente a su patrimonio. Así, por ejemplo, desde que comprador y vendedor convienen en la cosa vendida y en el precio, el riesgo por la pérdida o deterioro de las cosas se traslada al patrimonio del comprador. En esta hipótesis no interesa determinar si se ha producido la entrega ni mucho menos la transferencia del dominio¹⁷. Esta es la traducción moderna de la regla del *res perit creditori*. Los fundamentos que sirven de apoyo a esta doctrina se constituyen por el hecho de que el comprador (siguiendo con el ejemplo) adquiere y se hace dueño de los frutos que producen los bienes desde el instante en que se perfecciona el contrato, por tanto, si

¹⁷ Cfr. GARRIGUEZ, J. *Curso de derecho mercantil*, Bogotá, Editorial Temis, 1987, T. IV, p. 84.

por la celebración del contrato se produce el efecto de hacerlo dueño de lo que la cosa produce, el mismo contrato le hace también responsable de riesgos que los bienes puedan sufrir¹⁸.

Para aquellos sistemas jurídicos en los cuales el contrato sólo genera derechos personales para los contratantes, sin transferir el dominio de los bienes de un patrimonio a otro, la aplicación de esta regla es bastante discutible, toda vez que los riesgos son soportados por el acreedor de una obligación personal; este acreedor sólo llegará a ser dueño si opera algún modo de adquirir el dominio. De ahí el fundamento a las críticas que se formulan por la doctrina en orden a que en nuestro sistema positivo actual no se recoge el principio del *res perit domino*. En todo caso, ésta ha sido la regla seguida por la mayoría de las codificaciones civiles de derecho comparado, al menos de tradición romana.

6.1.2. De la doctrina de la propiedad

La doctrina que ahora pasamos a exponer sostiene que la transmisión de los riesgos coincide con la transferencia del dominio. En efecto, según esta posición hay una efectiva aplicación de la regla *res perit domino*. Es el dueño, en su calidad de tal, el llamado a asumir los daños y deterioros que sufran los bienes que adquiera. A contrario sensu, en aquellos casos en los cuales hay un contrato por el cual se constituye sólo la mera tenencia de los bienes, los riesgos siguen siendo de su dueño, ya que aun cuando materialmente los bienes dejan de estar en su patrimonio, jurídicamente le pertenecen. De este modo se salvan las críticas e inconvenientes que se formulan a la teoría que fija como momento de transmisión de los riesgos el perfeccionamiento del contrato.

En todo caso, ésta ha sido la posición seguida por la legislación española¹⁹. Si se quiere así entender, ésta es también la solución sentada en el Código Civil francés, ya que la sola celebración del contrato produce el efecto de transferir el dominio de los bienes.

6.1.3 De la doctrina de la entrega

Según esta doctrina, la transmisión de los riesgos se produce sólo con la puesta a disposición de los bienes a través de la entrega. Esta regla obedece a la aplicación de las normas formuladas en el derecho germánico, en el cual los riesgos se transfieren junto con la posesión²⁰. De este modo, se salva el inconveniente de hacer soportar el riesgo al acreedor no dueño, sustituyéndola por la regla que hace que los riesgos sean soportados por el dueño de los bienes desde que éstos ingresan a su patrimonio en términos reales, ya en el plano material, ya en el plano jurídico. Ésta es la regla seguida por algunas codificaciones mercantiles²¹.

¹⁸ Cfr. ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. (Derecho español e internacional)*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1991., pp.32 y 33.

¹⁹ Ver en este sentido la regla del Art. 333° del Código de Comercio español. Ver también los arts. 1.125° y 1.448° del Código Civil italiano de 1865; Código Civil de Portugal en sus arts. 796°, 974° y 918°.

²⁰ Cfr. GARRIGUEZ, J., ob cit., pp. 84 y 85, ver también MARTI, N. *Responsabilidad del vendedor y riesgo en la compraventa mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, enero/junio, 1985, N° 175/176, p. 162 a 167.

²¹ Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., p. 37. Si se quiere profundizar en el análisis de las legis-

En la mayoría de las codificaciones civiles en las que el momento de transmisión de los riesgos corresponde al perfeccionamiento del contrato al que hacíamos alusión en los números precedentes, en el caso de que el deudor de la obligación de entregar se constituya en mora y a pesar de que, según la teoría los riesgos le debería corresponder al acreedor asumir la pérdida o deterioro a través del cumplimiento de su obligación, en este caso los riesgos son asumidos por el deudor, constituyendo un caso de aplicación de la regla de que los riesgos se transfieren por la entrega de los bienes. De manera que en esta situación emerge la regla por la cual se dispone que mientras no exista un principio de puesta a disposición de los bienes, los riesgos del contrato permanecen en el patrimonio del deudor, sin transferirse al patrimonio del acreedor.

6.2 De la fijación de los riesgos en el leasing financiero

En nuestro actual ordenamiento mercantil, el momento que fija la transmisión de los riesgos coincide con el perfeccionamiento del contrato. El contrato de leasing es consensual, se reputa perfecto desde que se conviene entre lessee y lessor los bienes que serán objeto del contrato, se fija la renta y las condiciones de pago, etc.; desde que existe acuerdo de voluntad, el contrato de leasing ha nacido a la vida jurídica y son, por tanto, exigibles las prestaciones asumidas por las partes; no podemos perder de vista que se trata de un contrato consensual, el que generalmente se consigna por escrito; a pesar de ello, la falta escrituración no obsta a su perfeccionamiento. De aplicar esta teoría llegaríamos a sostener que el lessee asume todos los riesgos del contrato, incluso los relativos a la entrega de los bienes por el solo acuerdo entre las partes sobre los elementos esenciales del mismo.

La doctrina que hace coincidir la transmisión de los riesgos con la transferencia del dominio de los bienes no es pertinente, puesto que el contrato de leasing no es un contrato traslativo de dominio per se, sin perjuicio de que puede devenir en un contrato traslativo de dominio en el evento de que el lessee, al término del contrato, ejerza la opción de compra extendida en su beneficio. El lessee por la celebración del contrato de leasing no se hace dueño de los bienes, sino que sólo adquiere un derecho a usar y gozar de ellos. De este modo, la transferencia de dominio no tiene aplicación alguna en el leasing financiero. Adoptar este criterio tiene, además, el inconveniente de vincular la noción de dominio con los riesgos, en circunstancia de que ambos conceptos se aplican en planos diferentes. Mientras la noción de dominio rige el plano jurídico real, la teoría de los riesgos se enmarca dentro del plano jurídico obligacional²². Lo anterior se produce, puesto que la noción de dominio mira a la cosa como objeto de un derecho real por el cual su dueño puede usar y gozar de ella; en el plano obligacional, la cosa, además de ser objeto de un derecho real, es el objeto de derechos personales. Si se quiere, sobre el plano real se ha superpuesto un plano obligacional.

Por las razones expuestas, debemos señalar que en el caso de leasing la transmisión de los riesgos se produce con la puesta a disposición de los bienes. Mientras no

laciones que aceptan este criterio, ver el Código Civil alemán en sus arts. 323°, 446° y 447°; ver también el Código Civil austríaco.

²² Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., p. 85.

ingresen materialmente al patrimonio del lessee, éste no ha asumido ningún riesgo con ocasión del leasing. Los argumentos que sirven de apoyo a esta fijación de los riesgos los podemos sintetizar en los siguientes: los riesgos deben ser asumidos por aquella parte del contrato que tenga una relación estrecha y de control material²³ respecto de los bienes, puesto que esta parte del contrato es la que mejor puede evitar la ocurrencia de un siniestro habida consideración de que los tiene en su poder. Aquella parte que detenta la posesión material de los bienes se encuentra en mejores condiciones de prevenir el acaecimiento de cualquier evento dañoso²⁴. En todo caso, se debe tener presente que el momento en el que se fija la transmisión de los riesgos debe considerar las necesidades actuales del tráfico comercial²⁵, lo que se obtiene, en el caso del leasing, estableciendo que los riesgos los soporte la parte que tiene los bienes en su poder. Finalmente, debemos señalar que aquella parte del contrato que detenta materialmente los bienes dados en leasing puede, por cuenta propia, celebrar un contrato de seguro que cubra la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

Al hablar de puesta a disposición de los bienes en poder del lessee se debe entender comprendido no sólo el caso de la entrega propiamente tal, sino que también el caso en el que el proveedor está en condiciones de entregar los bienes dados en leasing sin concretar dicha obligación porque el lessee se niega a recibirlos sin causa justificada. De manera que, en el caso de mora del lessee²⁶ en recibir los bienes dados en leasing, los riesgos del contrato igualmente se transmiten al patrimonio del lessee, a pesar de que no tiene materialmente la cosa. La puesta a disposición de los bienes, al ser un criterio concreto, evita el problema de tener que precisar qué se entiende por puesta a disposición, lo que no sucede en el caso de que los riesgos se han determinado por el criterio de la entrega o la transmisión de dominio. En todo caso, el problema de la precisión conceptual de estos momentos no se presenta en el plano interno, ya que la legislación nacional es bastante clara al respecto; este problema se produce en la celebración de contratos de leasing con empresas extranjeras, atendiendo a la distinta forma de entender la transferencia del dominio en los distintos sistemas jurídicos.

Si bien es cierto que el contrato de leasing, en cuanto a la ejecución de las obligaciones asumidas por las partes contratantes, es un contrato de tracto sucesivo, esto es, «aquellos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo durante un lapso prolongado»²⁷, por lo que las obligaciones nacen y se van extinguiendo en el tiempo siendo independientes entre sí; la relación jurídico contractual se prolonga en el tiempo; la fijación de los riesgos en los contratos de tracto sucesivo y respecto de cada obligación se produce en un único momento que es el de la puesta a disposición de los bienes, ya que extinguida cada obligación parcial el lessee no debe restituir los bienes sino hasta el término del contrato, que generalmente se producirá por la llegada del plazo. Cada obligación parcial encuentra su causa en la

²³ Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., pp. 102.

²⁴ Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., pp. 102 y 81.

²⁵ Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., pp. 80 y 81.

²⁶ Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., p. 93.

²⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos, Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 101.

prestación correlativa; así el lessee paga el canon porque usa el bien. Pero la causa en el leasing, no se reduce exclusivamente a la prestación correlativa sino que, por el contrario, las obligaciones se vinculan entre sí atendiendo a la finalidad financiera perseguida por el lessee que lo induce a celebrar el contrato. Es la unidad causal la que determina que sea uno solo el momento que fije la transmisión de los riesgos.

Hemos sostenido que la transmisión de los riesgos se produce por la puesta a disposición de los bienes, obligación que como sabemos es asumida directamente por el proveedor, pero ¿quién asume los riesgos antes de la puesta a disposición de los bienes? Planteado en otros términos debemos precisar a quién le corresponde asumir los riesgos que se producen mientras no opere la puesta a disposición de los bienes. Si la transmisión de los riesgos no se ha producido y en el contrato de leasing sólo existen dos partes. Deberíamos sin mayor dificultad afirmar que el riesgo es del lessor, ya que desde la puesta a disposición el riesgo se transmite al lessee. El contrato de leasing propiamente tal es precedido por un contrato de venta que resulta conexas al leasing. Por la venta, el proveedor asume la obligación de entregar los bienes al lessee. Si para determinar la transmisión de los riesgos consideramos la venta sin la conexión al leasing, el problema de los riesgos aparece solucionado por las normas generales que fijan la transmisión de los riesgos con el perfeccionamiento del contrato de venta. El lessor-comprador deberá pagar el precio aun cuando el lessee no reciba los bienes. En mérito de lo expuesto se debe hacer presente que no parece conveniente que el lessor asuma los riesgos, pendiente la obligación de entrega, ya que hemos sostenido que la fijación de los riesgos con la puesta a disposición de los bienes se funda en la idea de que responde del riesgo el que detenta materialmente los bienes.

A la hora de fijar la transferencia de los riesgos, tampoco podemos perder de vista las estipulaciones del contrato de leasing por las cuales el lessor se exime de responsabilidad²⁸ por la falta de entrega del material y pacta expresamente que «*todo riesgo*» debe ser asumido por el lessee. Ya hemos señalado que esta situación nos parece de suyo discutible, si tenemos presente que en estricto rigor se está haciendo soportar los riesgos del contrato al lessee-acreedor, en circunstancias de que se trata de un mero tenedor de bienes que aun no posee y más aun, debemos considerar que la obligación de asumir los riesgos no ha ingresado a su patrimonio. De manera que es discutible por cuanto la obligación no ha ingresado al patrimonio del lessee, ubicándonos siempre en el plano obligacional, según se expuso en los párrafos precedentes.

Conforme al mérito de lo expuesto, la única alternativa posible consiste en que mientras no opere la puesta a disposición de los bienes, los riesgos sean asumidos por el proveedor²⁹. Ahora bien, que el proveedor soporte los riesgos por la pérdida o deterioro de los bienes dados en leasing significa que si los bienes perecen mientras

²⁸ La validez de la cláusula por la que el lessor se exime de todos los riesgos del contrato incluso aquellos provenientes de los vicios ocultos debe ser analizada desde la perspectiva de la buena fe del lessor al convenir los términos, el que, en todo caso debe ceder sus acciones al lessee en contra del proveedor. En caso contrario dicha cláusula puede ser dejada sin efecto por constituir un abuso del derecho. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, A., ob. cit., p. 119.

²⁹ En todo caso, éste ha sido el criterio recogido en la Convención de Viena aplicable a alguna de las modalidades del contrato de compraventa internacional, como por ejemplo en la venta en plaza. El mismo criterio ha seguido la Uniform Commercial Code; Cfr. ALCOVER GARAU, G., Ob. cit., pp. 97 a 108. La jurisprudencia de los tribunales españoles desde

no se haya puesto a disposición del lessee y en el entendido de que éste no se encuentra en mora de recibirlos, no podrá demandar la paga del precio proveniente del contrato de venta conexo. La justificación de la afirmación anterior la encontramos en las siguientes circunstancias que pasamos a exponer: frente a esta distribución de los riesgos encontramos razones de índole económica y de índole práctica. En efecto, hemos partido de la base de que la actual distribución de los riesgos no se compeadece con la realidad, toda vez que se hace soportar los riesgos al acreedor-no dueño, en circunstancias que le es absolutamente inimputable, máxime si la obligación de asumir los riesgos no ha ingresado a su patrimonio. El fundamento de la responsabilidad del proveedor radica en el hecho de que posee los bienes que, si bien es cierto, han sido objeto de un contrato traslativo de dominio (léase compra-venta) por el cual saldrán de su patrimonio, mientras no opere la tradición estos bienes permanecen bajo la esfera del proveedor. Es el modo de adquirir el que hace dueño al vendedor y no la sola celebración del contrato, la que sólo es fuente de la obligación de entregar. Al conservar los bienes puede prevenir el acaecimiento de un caso fortuito. Además, mientras los bienes permanecen en su patrimonio, el proveedor puede celebrar un contrato de seguro que cubra los siniestros que pueden tener lugar antes de la entrega al lessee.

6.3 Contenido de la obligación consistente en asumir los riesgos del contrato de leasing

En términos generales debemos tener presente que en la mayoría de los contratos de leasing que se celebran se yuxtapone un contrato de seguro por el cual los riesgos se trasladan a una compañía aseguradora para que ésta, en caso de la ocurrencia de un siniestro, se haga cargo del pago de las rentas futuras que se devengan.

En este estado de cosas, que el lessee asuma los riesgos desde la puesta a disposición significa que si se produce la pérdida o deterioro de los bienes, deberá seguir pagando el importe de las rentas convenidas hasta que se liquide el seguro y con el natural derecho de recuperar el importe cancelado durante el período a que hemos hecho referencia. Mirado desde este punto de vista, no podemos señalar que el lessee sufra una pérdida material, ya que los bienes no son de su propiedad sino que sólo tiene en su beneficio un derecho para usar y gozar los bienes por un cierto espacio de tiempo. A mayor abundamiento, se debe señalar que el lessee tampoco costeará las rentas del leasing devengadas después del siniestro, toda vez que es la compañía aseguradora la que se hace cargo de pagarlas. Desde esta perspectiva, el lessee sólo asume una obligación de contenido eminentemente financiero, ya que ha costeado el valor de la prima del contrato de seguro en el cual, recordemos, el beneficiario es el lessor o empresa de leasing en su calidad de dueño de los bienes. La ventaja de la celebración del contrato de seguro no sólo es para el lessor en su calidad de beneficiario, sino que también hay ventajas para el lessee, puesto que no debe pagar las rentas del leasing producido el siniestro, ya que esta obligación ha sido trasladada a una compañía aseguradora.

algún tiempo atrás ya había sentado como criterio de fijación de los riesgos en la puesta a disposición de los bienes. Ver, en este sentido: sentencia de 7 de junio de 1946, comentada por: Giron Tena, J., *Jurisprudencia comentada*, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, septiembre/octubre, 1946, N° 5, p. 132.

En el caso de que no se celebre un contrato de seguro, sea por desidia del lessee o ante la negativa de las compañías aseguradoras³⁰, el contenido de la obligación de asumir el riesgo es material, puesto que debe pagar las rentas por bienes de los que no puede gozar siendo absolutamente inimputable su pérdida o deterioro. En este caso el contenido de la obligación de asumir los riesgos consiste en pagar las rentas convenidas³¹ por todo el tiempo de duración del contrato, sin poder oponer excepción alguna relativa al pago y sin poder tampoco ejercer ningún tipo de acción en contra del lessor con la finalidad de eludir el pago de las rentas del contrato.

Nos queda una última alternativa, que consiste en el caso de que se celebre un contrato de seguro en el cual se deje un deducible a cargo del lessee. Lo que el lessee pague por concepto de deducible le provoca un perjuicio material, siendo sólo financiero por el monto que cubra la compañía aseguradora. En este caso, el contenido de la obligación de asumir los riesgos se manifiesta en el pago de la prima del contrato de seguro y además en el pago de las rentas del leasing no cubiertas por la indemnización liquidada por la compañía de seguro.

7. PERSPECTIVAS CRÍTICAS DEL ESTADO ACTUAL

Finalmente sólo diremos que la validez de la cláusula por la que el lessee asume los riesgos del contrato, al emanar de un contrato de adhesión, debe ser analizada desde el punto de vista de la buena fe del lessor y desde el punto de vista del consentimiento del lessee en orden a aceptar dicha estipulación, consentimiento que debe ser libre y exento de vicios. Es decir, la cláusula por la que el lessee asume los riesgos es válida, siempre que éste, al celebrar el contrato de leasing, consienta en asumir dichos riesgos los que deben ser formulados por el lessor en términos claros y precisos con el fin de evitar la representación de error en cuanto a su extensión y contenido, habida consideración de que el lessee sabe que el dueño del bien sigue siendo la empresa de leasing. De éste modo, el conocimiento efectivo de las condiciones de la obligación de asumir los riesgos es consecuente con el principio de buena fe en que se debe fundar la contratación. Los usos mercantiles contribuyen a reforzar la buena fe, puesto que las partes y en especial el lessee, saben de antemano cuál ha sido el criterio bajo el que se han celebrado contratos de leasing con terceros representándose, de este modo, cuáles serán los términos en los que la compañía de leasing contratará con él³².

³⁰ Este es el caso de los leasing de alumbrado público y de los terrenos eriazos y sin construcción.

³¹ Cfr. ALCOVER GARAU, G., ob. cit., pp. 113 y 114.

³² En todo caso y a pesar de que en principio hemos sostenido la validez de la cláusula de adhesión relativa a la distribución de los riesgos, es posible recurrir a los Tribunales de Justicia con el fin de precisar la efectiva obligatoriedad de la cláusula fundado en la falta de consentimiento del lessee en su configuración interna. En el derecho comparado esta demanda se funda en las normas de protección al consumidor. Así por ejemplo en los países de tradición anglosajona se recurre al concepto «*unconscionable*», con el fin de obtener que los tribunales se pronuncien acerca de la validez de cláusulas en el marco de la contratación de adhesión. El concepto al que hemos hecho referencia mira al mínimo de

Mirado desde esta perspectiva, lo único que podría ser objeto de nuestra crítica es el hecho de que los riesgos del contrato sean asumidos por el titular de un derecho de uso y goce de los bienes y no por su dueño; sin embargo, hemos contestado en reiteradas oportunidades que esta crítica no se compadece con la finalidad del contrato que ha sido financiar una empresa, objetivo que en mayor o menor medida igualmente ha logrado el lessee. Este eventual abuso de la empresa de leasing para con el lessee se ve contrarrestado por la serie de ventajas que el contrato importa. Debemos recordar, además que el tema de los riesgos se enmarca en un plano obligacional y no en el plano del derecho real de dominio, por lo que no es necesariamente el dueño quien deba asumir los riesgos del contrato.

Contribuye a reforzar nuestra anterior conclusión el hecho de que la obligación de asumir los riesgos se constituye en la contrapartida al hecho de que el lessee se haga dueño de los frutos que los bienes dados en leasing producen. El lessee se hace dueño de lo que los bienes produce y con ello paga el importe de las rentas por el uso de los bienes, desde esta perspectiva el hecho de que asuma los riesgos del contrato no resulta ser ni tan abusivo ni tan leonino.

corrección exigible a los contratantes al momento de celebrar un contrato de adhesión. El resultado de «*unconscionable*» es la declaración de la nulidad de dicha cláusula o en otros casos, al menos la obtención de la revisión judicial de sus efectos. Si se quiere profundizar en el tema revisar: VIGURI PEREA, A., *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión*, Granada, Editorial Comares, 1995, pp. 30 a 33; 131 a 142.