



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO “JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN
MATERIA CIVIL Y PROCESAL CIVIL”**

II NIVEL

**UNIDAD I: LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO EN UN
PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.**

LECTURA OBLIGATORIA

- TANTALEAN ODAR, Reynaldo. “Anotaciones sobre el otorgamiento de Escritura Pública”. Comentarios a la Casación Nro.3643-2011.

**ANOTACIONES SOBRE EL OTORGAMIENTO DE
ESCRITURA PÚBLICA
COMENTARIOS A LA CASACIÓN 3643-2011-LA LIBERTAD**

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Fecha de publicación: 01/10/2014

SUMARIO: 1. Reminiscencia de los hechos. 2. El recurso de casación. 3. Los razonamientos supremos. 4. El otorgamiento de escritura pública. 5. La demanda es infundada y no improcedente. 6. A modo de conclusión. 7. Lista de referencias.

1. REMINISCENCIA DE LOS HECHOS

El 03 de mayo de 1986 la Asociación Pro Vivienda “Fray Martin de Porres” llevó a cabo un sorteo de lotes, declarándose como ganador de uno de ellos al señor Eusebio Castro Lescano, integrante de la Asociación. Dicho inmueble figuraba inscrito en Registros Públicos a nombre de la anotada Asociación.

Por tal motivo, fallecido el señor Castro Lescano, su hija doña Rosa Milagros Castro Espinoza demandó a la Asociación el otorgamiento de la minuta de adjudicación de propiedad y de la escritura pública de compraventa del inmueble.

Ante esta demanda se presentó don Gregorio Valverde Blas en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de la Asociación, allanándose a la demanda y aceptando la pretensión dirigida contra su representada. Sin embargo, dicho allanamiento se declaró improcedente por no haberse acreditado tener las facultades especiales para ello, luego de lo cual se declaró rebelde a la demandada.

¹ Doctor en Derecho. Docente universitario.

En la audiencia respectiva se fijó como punto controvertido si procedía o no ordenar el otorgamiento de escritura pública de transferencia de propiedad del inmueble sub litis.

Entre los medios de prueba obrantes en el expediente sobresalía el acta de sorteo de lotes, no obstante dicha documental lamentablemente estaba incompleta, por lo que, a criterio del juzgador, no era idónea para generar convicción, motivo por el cual, a base del artículo 196° del código procesal civil (que exige que quien alegue hechos tiene que probarlos), la sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Apelado el fallo, la Sala, con similar argumento, declaró improcedente la demanda.

2. EL RECURSO DE CASACIÓN

Ante lo expuesto la demandante interpuso recurso de casación basada en la transgresión de los artículos 461° y 197° del código procesal civil.

En cuanto al artículo 461°, se dijo que la declaración de rebeldía es tener los hechos alegados por el demandante como presunciones legales relativas, por lo que si el acta de sorteo de lotes estaba incompleto, era necesario recordar que dicho medio de prueba no fue ni tachado ni declarado nulo, por lo que mantendría su vigor probatorio. Empero, si dicha prueba no causó convicción en el juez, este debió actuar medios probatorios de oficio, lo cual obvió.

Y en lo referente al artículo 197°, se afirma que es deber judicial valorar los medios de prueba de modo conjunto utilizando su apreciación razonada, mandato que no habría sido tomado en cuenta por las instancias resolutoras.

3. LOS RAZONAMIENTOS SUPREMOS

3.1. LOS EFECTOS DE LA REBELDÍA PROCESAL

Como bien se conoce, la rebeldía es una institución procesal en virtud de la cual, si el emplazado debidamente no concurre al proceso dentro de los plazos preestablecidos, es sancionado con la imposibilidad de participar en el debate judicial respondiendo la demanda, con las implicancias que ello denota. Por tanto, quien sea declarado rebelde se podrá incorporar a la causa en cualquier momento, pero lo hará en el estado en que ella se encuentre.

Evidentemente, el presupuesto para hablar de la declaración de rebeldía es que el demandado haya sido debidamente notificado, tal y como se precisa en el artículo 458° del código procesal civil.

Ahora bien, el artículo 460° del mismo cuerpo normativo estipula que si se declarase la rebeldía el juez inmediatamente se deberá pronunciar sobre el saneamiento del proceso, y de ser declarado debidamente saneado, procederá a expedir sentencia, salvo en cuatro supuestos muy puntuales.

En efecto, en el artículo 461° -cuya inaplicación se denuncia- se precisa que la rebeldía genera presunción de verdad relativa sobre la verdad de los hechos expuestos, excepto en estos cuatro casos:

- a) Cuando hay pluralidad de emplazados y solo uno de ellos no contesta.
- b) La pretensión de basa en un derecho de naturaleza indisponible.
- c) Cuando no se acompaña el documento que la ley exige acompañar para acreditar la pretensión.
- d) *Cuando el magistrado declare motivadamente que los medios de prueba no le han causado convicción.*

Como se evidencia, es en este último supuesto en el que nos encontramos en el presente caso.

3.2. LA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 461°

Como ya se anotó, la institución de la rebeldía genera presunción relativa de verdad, es decir, se presume preliminarmente y, salvo prueba en contrario, que lo alegado por la parte demandante es acorde a la verdad.

Ciertamente, en el artículo 279° del código adjetivo se prescribe que cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción, siempre que este haya acreditado la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto.

Sin embargo, como acabamos de ver, esa presunción relativa de verdad no rige cuando al juzgador no le han causado convicción los medios de prueba aportados. Por tanto, mal se hace en recurrir a la presunción relativa concedida por la rebeldía cuando estamos ante una de las excepciones en donde dicha presunción no opera.

Por ello, al respecto la Corte Suprema hace bien en resaltar que la presunción relativa de verdad causada por la rebeldía no genera una

consideración definitiva, de manera que no se puede tomar como cierto de plano lo expresado en la demanda. Por ello mismo es que se insiste en que las pruebas aportadas deben gozar de solvencia acreditativa para demostrar los hechos de la pretensión.

Pero, insistimos, de una lectura clara del artículo 461° se infiere que, incluso contando con medios de prueba con aparente solvencia acreditativa, bajo cualquiera de los cuatro supuestos indicados con anterioridad, la rebeldía no puede generar presunción relativa de verdad de los hechos alegados.

Por tanto, la sanción de rebeldía a la conducta contumaz del demandado, no exime al demandante de la obligación de probar su pretensión, y de hacerlo debidamente. Dicho en una palabra, la rebeldía no puede servir sin más para amparar una demanda.

Ergo, si el juzgador no tiene convicción de lo acontecido, con los medios de prueba aportados por el demandante, aun estando rebelde el demandado, ciertamente se atentaría contra el debido proceso si se amparase la demanda, toda vez que un accionar de tal naturaleza se configuraría como un atentado grave contra el demandado que ha decidido, en ejercicio de su derecho, no contestar la demanda, tal y como lo resalta la Corte Suprema.

Por ello mismo es que, en el presente caso, si el acta de sorteo incompleta no generó convicción en el juez y este decidió no amparar la demanda, en puridad no hay transgresión del debido proceso.

3.3. LA RECURRENTE DEBIÓ DENUNCIAR LA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 194°

Ahora bien, si analizamos detalladamente el pedido hecho por la recurrente en el recurso de casación, ella hace notar que el acta de sorteo no fue cuestionada (pues obviamente no había quien la cuestione desde que el proceso fue llevado en rebeldía), pero enfatiza que si dicho medio probatorio documental no causó convicción al juzgador, este debió actuar medios probatorios de oficio.

Así las cosas, la recurrente, desde nuestro punto de vista, denuncia equivocadamente la inaplicación del artículo 461°. En todo caso, partiendo de su propio dicho, pudo haber denunciado la inaplicación del artículo 194° del código procesal civil que a la letra dice: *“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar*

la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes (...).”

En una palabra, el aparente yerro de las instancias inferiores no está tanto en no haberse guiado por la presunción relativa de verdad para el caso de la rebeldía (que, como venimos diciendo, no operaría, ya que estamos ante una de las cuatro excepciones), sino más bien en que el juzgador pudiendo incorporar algún medio de prueba de oficio para generarse convicción, no lo hizo.

Claro está que los medios de prueba de oficio tienen muchas aristas discutibles, como por ejemplo si se trata de una simple atribución o de un deber del magistrado.

Al respecto diremos que, a nuestro parecer, un magistrado debe procurar sentenciar siempre sobre el fondo de la litis. Es decir, en lo posible un magistrado debe evitar fallar inhibiéndose de la causa o declarándola improcedente

Y para ello debe evaluar con detalle los medios de prueba ofrecidos. Y solo en el caso en que ninguno de ellos o todos en su conjunto no le generasen convicción sobre el resultado de fondo de la controversia, es deber suyo incorporar al proceso los medios necesarios para pronunciarse sobre el fondo.

Aclaremos: no se trata de buscar medios de prueba para declarar fundada la demanda, sino más bien, se trata de buscar medios de prueba para decidir si la demanda es fundada o infundada.

Si el juzgador está convencido de que al demandante no le asiste razón, entonces deberá declarar infundada la demanda, incluso con el demandado en situación de rebeldía. Pero si el juez no está convencido de la real situación del demandante, es deber suyo actuar medios de prueba adicionales hasta convencerse o de que tiene razón o de que no la tiene.

Lamentablemente en nuestro medio (quizá por la excesiva carga procesal que soportan los juzgados), los magistrados dejan todo el soporte probatorio a las partes, de modo tal que si ellos -que son los principales interesados en la litis- no logran probar sus dichos, resuelven sobre las pruebas aportadas únicamente por las partes. Y si dichos medios de prueba son insuficientes, igualmente tienden a resolver, con el azaroso desenlace que resulte de valorar exclusivamente los medios de prueba contribuidos por los litigantes.

En el presente caso, por ejemplo, bien se pudo incorporar como testigo al representante de la entidad demandada.

3.4. LA VALORACIÓN RAZONADA Y CONJUNTA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA INAPLICACION DEL ARTÍCULO 197°

Por otro lado, la recurrente denuncia también la inaplicación del artículo 197° del código adjetivo. Este artículo exige al juez valorar las pruebas de modo conjunto y razonado, de manera que esta valoración debe darse a conocer a las partes de modo adecuado, lo cual evita la emisión de decisiones judiciales arbitrarias y absurdas.

A decir de los Vocales Supremos se viola este deber cuando se omite valorar o se valore indebidamente los medios de prueba.

En el caso, se evidencia que el magistrado inferior y los Vocales Superiores sí habrían valorado los medios de prueba, de tal manera que habrían dado a conocer su motivación en las consideraciones de las respectivas sentencias, dando como resultado el rechazo de la pretensión.

Evidentemente en este caso no era posible incorporar al proceso el fallido allanamiento por haber sido declarado improcedente. Es decir, desde que el representante de la demandada no tenía facultades para allanarse, su fracasado allanamiento no puede ser considerado ni siquiera referencialmente en el proceso, porque es como si nunca se hubiera materializado, al menos procesalmente hablando.

Por ello mismo también, no tiene hacedero el argumento consistente en que este frustrado allanamiento podría haber sido considerado como declaración asimilada pues propiamente no es un medio de prueba.

Es decir, por mandato del artículo 221° del código procesal civil, una declaración es considerada como asimilada cuando existe una afirmación contenida en actuaciones judiciales o escritos de las partes. En este caso, el representante de la asociación demandada nunca llegó a ser parte, por lo que sus declaraciones, en puridad, no constituyen una actuación dentro de un proceso judicial.

Más bien, como ya anotamos, creemos que el juzgador pudo haber ordenado de oficio la declaración testimonial del Presidente del Consejo de Administración de la Asociación para generarle algo de convicción. Y justamente ello es un supuesto de la no-utilización de los medios de prueba de oficio que reclama la demandante, pero que formalmente jamás denunció en su recurso casatorio.

4. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

4.1. EN QUÉ CONSISTE LA DEMANDA DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Clásicamente a las obligaciones se las ha ubicado en tres grandes sectores según la prestación a efectuar: dar, hacer o no hacer. Una diferencia esencial entre una prestación de dar y una de hacer es que en la primera, regularmente, el bien a entregar preexiste a la obligación; mientras que en las segundas el bien no preexiste sino que hay que elaborarlo para luego, obviamente, entregarlo. Pero la esencia de la prestación en este último caso está en elaborar antes que en el dar.

Cuando se demanda el otorgamiento de escritura pública nos encontramos ante una obligación cuya prestación es de hacer. Y lo que se tiene que hacer o elaborar es la escritura pública que sustente al acto jurídico ya preexistente que se quiere documentar de modo oficial o público, para gozar con algo más de certeza o seguridad jurídica.

Dicho de otra manera, en nuestra legislación prima la libertad de formas, reservándose las solemnidades para algunos pocos actos jurídicos debido a su naturaleza, importancia o riesgo en su contenido. Celebrado un acto jurídico de modo privado por cualquiera de las formas franqueadas por la ley, es regular que el titular del derecho adquirido por la celebración de ese negocio, pretenda asegurarse jurídicamente de mejor modo a través de una formalidad mucho más estable y digna de confianza.

Así, entre nosotros el nivel de seguridad de las formas negociales recorre más o menos el siguiente derrotero:

DIAGRAMA 01: FORMAS NEGOCIALES SEGÚN EL NIVEL DE SEGURIDAD



Como es de verse, el nivel máximo de seguridad que rige en el Perú, al menos formalmente, lo concede la inscripción en Registros Públicos, ello a base de la presunción absoluta de que todos tenemos conocimiento de las inscripciones prevista en el artículo 2012° del código civil.

Pero un escalón debajo, en seguridad, se encuentra la escritura pública. Evidentemente un acto jurídico documentado vía escritura pública cuenta, sobremanera, con la eficacia probatoria judicial a la que se refiere el artículo 245° del código procesal civil. Y como se sabe, el contar con escritura pública es el paso fundamental para lograr la inscripción en Registros Públicos que es, como anotamos, el escalón más alto de seguridad formal vigente en nuestro ordenamiento.

Así las cosas, es entendible que el contar con una escritura pública generaría mayor seguridad al titular de derechos ya ganados con la celebración del acto jurídico que se quiere documentar, motivo por el cual es razonable demandar el otorgamiento de dicha escritura pública.

4.2. EL SUSTENTO JURÍDICO LEGAL DEL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

La praxis forense ha entendido que el otorgamiento de escritura pública tendría su sustento legal puntual en los artículos 1549° y 1412° del código civil.

4.2.1. REVISIÓN DEL ARTÍCULO 1549°

El artículo 1549° del código civil prescribe que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Con ello se ha creído que es deber del transferente otorgar la escritura pública respectiva, ya que así se perfeccionaría la transferencia de la propiedad del bien vendido.

Este razonamiento, como se puede apreciar, solamente regiría para los casos de compraventa y no para otros negocios. Entonces, hay que tener en cuenta que la compraventa se perfecciona con el solo consentimiento, y si por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien, por mandato del artículo 1549° el vendedor se obliga a perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.

Ahora bien, cuando se trata de un bien mueble, la transferencia de la propiedad se perfecciona con la tradición, tal y como manda el artículo 947° del código sustantivo. Por tanto, el vendedor se obliga ya no a perfeccionar la compraventa si es que el bien ya está entregado, sino a proporcionar los documentos y títulos relativos a la propiedad, tal y como lo dispone el artículo 1551° del código civil. Por consiguiente, cuando estamos frente a un bien mueble, parece ser que el otorgamiento de escritura pública no tendría tanto asidero.²

Y cuando se trata de inmuebles, el artículo 949° prescribe que el solo contrato ya hace al comprador propietario, por tanto, en puridad, ya no es necesario efectuar ningún acto más, ya que el adquirente, por mandato legal, ya es propietario.

Por tanto, si bien es cierto, como se ha dicho jurisprudencialmente³, que es fin de los procesos de otorgamiento de escritura pública la formalización de un acto jurídico porque lo determina la ley o porque así lo han acordado las partes, de ello no necesariamente se sigue que el adquirente, tratándose de una compraventa, pueda compeler a su vendedor a otorgarla de acuerdo con los artículos 1412° y 1549° del código civil.

Es decir, solamente será posible reclamar con sustento el otorgamiento de escritura pública si la ley o el pacto así lo exigen. En tal sentido, si leemos con detenimiento, en ningún lugar la ley exige otorgar la escritura pública en un caso de compraventa.

² En un antiguo fallo -Expediente 184-2001 de la 2ª Sala Civil de Lima- se dijo que la transferencia de una cosa mueble se efectúa con la tradición a su acreedor, además, conforme señala el artículo 1551° del código civil, el vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien. Por tanto, la pretensión de otorgamiento de escritura pública no resulta ser la idónea para perfeccionar la transferencia de la propiedad a nombre del actor, más aún si dicha pretensión es posible cuando se trata de bienes inmuebles.

³ Vid. Casación 1168-2003-Cono Norte.

Insistimos, el artículo 1549° manda perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, y por mandato del artículo 949° la sola obligación de enajenar ya hace al acreedor propietario del inmueble; por consiguiente no hay que perfeccionar nada más.

Más bien parece ser que la casuística forense ha entendido que el otorgamiento de escritura pública tendría su sustento en el artículo 1549° desde que en el artículo 1135°, ante una concurrencia de acreedores de bien inmueble, se preferirá al acreedor cuyo título figure inscrito, y como la escritura pública es el primer paso para la inscripción, entonces, se podría compeler al transferente demandando el otorgamiento de escritura pública.

Sin embargo, de ser verdad este razonamiento, partiendo de los artículos 1549° y 1135°, lo que se podría demandar directamente sería más bien la inscripción registral y no tanto el otorgamiento de escritura pública.

Así las cosas, el otorgamiento de escritura pública propiamente no tendría un cabal sustento legal en el artículo 1549°. Obviamente el asunto se torna algo más complejo cuando salimos de la esfera de la compraventa.

4.2.2. REVISIÓN DEL ARTÍCULO 1412°

También se ha venido diciendo que es el artículo 1412° del código civil el que concede sustento legal al otorgamiento de escritura pública.

En dicho artículo se prescribe que si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

Este artículo lo que quiere decir es que si el acto jurídico es formal solemne y no se cumple con la solemnidad en la celebración, el acto deviene en nulo. Pero si se trata de un acto cuya formalidad no es solemne (sea porque la ley no lo manda o porque las partes no la han acordado de esa manera), entonces, por tratarse de una formalidad que no genera la nulidad pero que está mandado por ley o por acuerdo de las partes, es posible compeler al co-contratante a cumplir esa formalidad.⁴

⁴ En la Casación 1716-2008-Lambayeque se afirmó que el contrato de compraventa es uno de carácter consensual o con libertad de forma en el que las partes pueden utilizar la forma que consideren pertinente para celebrar el acto jurídico; constituyendo la escritura pública el cumplimiento de una formalidad de la celebración de un contrato preexistente.

La primera interrogante que surge es si efectivamente la ley en alguna parte exige cumplir una formalidad sin sancionarla con nulidad. Los únicos supuestos que conocemos al respecto son los negocios jurídicos *ad probationem* (Vid. Gutiérrez Camacho 2004, 439-440), que dicho sea de paso, son muy pocos en nuestro ordenamiento.

Y como la compraventa en puridad no es un negocio jurídico *ad probationem*, es decir la ley no exige que se otorgue escritura pública, no es viable demandar el otorgamiento de escritura pública, al menos no bajo el influjo del artículo 1412°.

Algo similar ocurre cuando se trata del acuerdo de las partes.

Las partes pueden pactar válidamente una formalidad que en caso de no ser cumplida genere la nulidad del acto. Ello en virtud del artículo 1411° que a la letra dice: *Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.*

Pero lo que sí parece ininteligible es que las partes hayan acordado respetar una formalidad que en caso de incumplimiento no genere la nulidad. Si se lee bien, el artículo 1411° estipula que si se ha pactado una formalidad ella se presume como requisito de validez del negocio.

Por consiguiente, el artículo 1412° tampoco parece ser el adecuado sustento legal para demandar el otorgamiento de escritura pública.

4.3. LA APARENTE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Lo que hemos venido diciendo se conecta estrechamente al tema de la aparente imprescriptibilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

Si bien este tema no está ventilándose en la Casación en comentario, nos parece que por la conexión que hay, es menester dar a conocer nuestro punto de vista al respecto.

Para ello partiremos de que en la cotidianeidad se suele demandar el otorgamiento de escritura pública de compraventas, por lo que, para simplificar el análisis, trabajaremos con este acto jurídico, aclarando que lo dicho vale para otros tantos negocios.

4.3.1. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA NO FORMA PARTE DE LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO DE VENTA

Al estar frente a una compraventa, el otorgamiento de escritura pública no forma parte de los efectos del acto jurídico que genere ineludiblemente su emisión. La traslación de propiedad es el efecto del contrato de compraventa (Salvatierra Valdivia 2006, 131).

Es decir, una compraventa de inmueble entre nosotros queda absolutamente perfeccionada con el consentimiento de las partes (artículo 949° del código civil). En tal sentido, la esfera de deberes del vendedor se circunscribe exclusivamente a ciertos actos puntuales: El vendedor queda en el deber de entregar el bien, así como de sanear el bien vendido y de sufragar los gastos de entrega o transmisión (Albaladejo 1997, 24).

Planiol y Ripert (1946, 66 y ss.) son coincidentes con este criterio y afirman que los únicos deberes que tiene el vendedor al interior de una compraventa son puntualmente la entrega del bien y las garantías por evicción o por vicios ocultos, que nuestra codificación regula como obligaciones de saneamiento⁵ como parte de la ejecución contractual.

Ahora bien, cuando en nuestro código se dice en el artículo 1549° que es obligación del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, ello debe entenderse del modo acorde a nuestro sistema jurídico y no de manera antojadiza.

Se sabe que como nuestro sistema contractual de compraventa en espiritual, su celebración únicamente genera el deber de transmitir la propiedad, por lo que se entiende que la obligación de transferir la propiedad consiste en el cumplimiento de la obligación de dar. El perfeccionamiento de la transferencia implica la realización de actos que permitan colocar al adquirente en la calidad de propietario del bien. En este punto el acto fundamental es la entrega del bien de manera que el comprador pueda usarlo.

Se dice que el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad, conforme al artículo 1549° comprendería otros actos como la determinación del bien por las partes (si era genérico), la adquisición por parte del vendedor (cuando era bien ajeno) o la elección del bien por parte del vendedor (si se trata de bienes alternativos). Pero, a fin de cuentas el último y gran deber del vendedor es la entrega del bien (Salvatierra Valdivia 2006, 131).

⁵ Vid. artículos 1484° y ss. del código civil.

Planiol y Ripert (1946, 67-68) hacen un desarrollo de cómo se llevaría a cabo la entrega del bien por parte del vendedor (partiendo de que se trata de una cuestión de hecho) de modo tal que haya realizado lo que de él dependía para que el comprador pudiese obtener del bien los provechos que normalmente debe lograr un propietario. En primer término se dice que el simple consentimiento de las partes sin formalidad especial es aplicable a todas las cosas vendidas, pero sería de suma utilidad sobre todo para los supuestos de bienes futuros o cuando el comprador ya tenía la cosa en su poder.

Para el caso de inmuebles se dice que será necesario entregar las llaves y/o los títulos de propiedad. Pero respecto a la entrega de los títulos de propiedad resaltan que es indiferente desde el punto de vista de la entrega, que los títulos entregados se encuentren sujetos a discusión. El vendedor habrá cumplido con su obligación de entregar al trasladar esos títulos, por tanto, si son insuficientes para asegurar la propiedad al comprador, será este quien deberá pedir el cumplimiento de la obligación de garantía que pesa sobre el vendedor (Planiol y Ripert 1946, 68-69).

Por último, agregan que si se trata de un bien mueble es indispensable la *traditio* a lo que se aúnan todos los procedimientos suficientes para poner el mueble vendido a disposición del comprador, como sucede por ejemplo con la entrega de documentos y títulos correspondientes (Planiol y Ripert 1946, 69).

Como se puede apreciar en esta pormenorización, en puridad las obligaciones del vendedor se reducen a prestaciones de dar, y nunca de hacer.

En una Casación⁶ al respecto se dijo que:

“El otorgamiento de la escritura pública no es necesario para el perfeccionamiento de la transferencia, sino que constituye una formalidad cuando es exigible por la ley o se ha convenido en el contrato.”

El contenido de este fallo es, por demás, elocuente.

Igualmente en la Casación 993-2006-Lima se dijo:

“Que, los artículos 1352 y 1529 del Código Civil declaran el carácter consensual de la compraventa al establecer que ella consiste en la obligación por parte del vendedor de transferir la propiedad de un bien y en la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero;

⁶ Vid. Casación 35-1997-Lima.

bajo dicho precepto, resulta claro que el contrato de compraventa (cuya formalidad es ad probationem), queda perfeccionado desde que las partes convienen en la cosa y el precio; por ello el otorgamiento de escritura pública no constituye un requisito del contrato en sí, sino una garantía de la comprobación del acto.”

Por tanto (y dejando de lado la afirmación referida a que la compraventa cuenta con formalidad *ad probationem*), queda claro que el otorgamiento de escritura pública no forma parte de los deberes del vendedor, a menos que las partes así lo hayan pactado, toda vez que nuestra legislación no lo exige.

Como ya anticipamos, se pueden presentar hasta dos supuestos según el acto jurídico que se piensa documentar a través de la escritura pública:

- Si el acto es formal solemne y su formalidad esencial es la escritura pública, evidentemente no se puede demandar su emisión porque en este caso el acto no existe (*Vid. Gutiérrez Camacho 2004, 439*).

- Y si el acto jurídico fuese no formal o con formalidad probatoria o solemne distinta a la escritura pública, ello no forma parte de su celebración sino que se constituye en un deber alterno que es necesario ejercer.

Para corroborar lo dicho tenemos lo manifestado en la Casación 5374-2007-Arequipa donde se precisó:

“Que, tal como puede apreciarse del mismo texto del artículo mil cuatrocientos doce, éste es claro cuando establece que la regulación contenida en ella está referida a un requisito “que no revista la forma solemne prescrita legalmente o convenida por las partes bajo sanción de nulidad”; esto es, que no consista en una formalidad ad solemnitatem, puesto que siendo la referida formalidad un requisito esencial para la validez de dicho acto, éste no existirá o no tendrá validez mientras no se satisfaga también dicho requisito. El artículo ciento cuarenta inciso cuatro del Código Civil es expreso cuando establece que para la validez del acto jurídico se requiere además la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad; siendo dicha formalidad parte esencial de la estructura del acto sin el cual todavía no puede estimarse como existente.”⁷

Dicho de otra manera, en la compraventa, por tratarse de un contrato no formal basta el consentimiento para su perfeccionamiento. Y los deberes que emergen para el vendedor están claramente establecidos en nuestra

⁷ Inexplicablemente en la Casación citada, luego de todo el razonamiento acertado se concluye en que: “*por consiguiente, la facultad de las partes de exigirse el cumplimiento de alguna formalidad que contempla el artículo mil cuatrocientos doce del Código Sustantivo, no debe versar sobre formalidades ad probationem*”

codificación. Y entre ellos no figura la elaboración de la escritura pública, justamente porque el acto jurídico ya está plenamente consumado.

Es decir, si alguien no solicita la escritura pública de compraventa ello no resta valor ni eficacia al acto jurídico y subsiste en el mundo jurídico de modo pleno. Y el modo de perfeccionarlo (en caso de no estarlo) es solicitando la entrega del bien.

En tal sentido, si por ejemplo el comprador no ha logrado el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad, no puede utilizar la demanda de otorgamiento de escritura pública para lograrlo. Ello ha sido ratificado desde antiguo en nuestra judicatura. Verbi gracia, en el Expediente 184-2001-Lima se dijo claramente que:

“(...) la pretensión de otorgamiento de escritura pública no resulta ser la idónea para perfeccionar la transferencia de la propiedad.”

4.3.2. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA SE UBICA EN UNA ACCIÓN (PRETENSIÓN) PERSONAL

Al no ser la escritura pública parte de los deberes inherentes a la compraventa, su ejercicio se constituye en un accionar que debe desplegar el interesado.

El comprador tranquilamente puede vivir con un bien comprado sin que se eleve a escritura pública el negocio original. El elevar a escritura pública surge de un requerimiento expreso que debe hacer el comprador al vendedor. Y si no lo hace es responsable de su actuar negligente. Justamente por una situación así, es que se presenta la concurrencia de acreedores.⁸

Nuestra codificación, desde el año 1936 comenzó a establecer parámetros máximos para el ejercicio de las pretensiones, a tal punto que en nuestra normatividad actual el plazo máximo para ejercer una acción es de 10 años.

⁸ Lamentablemente en nuestro sistema impera aún por mandato del artículo 1315º del código civil esta figura de la concurrencia de acreedores beneficiando al acreedor más diligente. Al respecto, Diez-Picazo (749 y ss.) afirma que todos los acreedores son por regla general de igual condición frente al patrimonio del deudor, por lo que deben recibir el mismo trato. Por consiguiente, la consecuencia más importante de la regla de igualdad se produce en aquellos casos en que el patrimonio del deudor sobre los que se ha de producir el cobro, son insuficientes para satisfacer a todos los acreedores. Y resalta que en tales casos no puede admitirse que cobren por entero sus créditos los acreedores más despiertos o más diligentes, en perjuicio de los demás.

Como bien se ha dicho, desde antiguo se ha considerado conveniente establecer plazos dentro de los cuales se deben ejercitar los derechos o dentro de los cuales la inactividad del titular determina su privación o desprotección de lo que jurídicamente le corresponde, siendo que el fundamento de tal regulación no es sino el generar seguridad jurídica en la sociedad y garantizar a quien tiene un deber o deuda que no pesará indefinidamente sobre él o sobre sus herederos (Rubio 1987, 13-14).

El otorgamiento de escritura pública encaja en los supuestos de obligaciones con prestaciones de hacer (mientras que la entrega del bien vendido en uno de obligaciones de dar) y por tratarse de una pretensión dirigida contra el vendedor se constituye en una acción de índole personal. Y por mandato del artículo 2001° inciso 1 las acciones personales prescriben indefectiblemente a los 10 años.

4.3.3. ACERCA DE LAS OPINIONES QUE CUESTIONAN LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

En sede doctrinaria y judicial⁹⁹ es posible encontrar algunas opiniones en contra de la prescriptibilidad de la acción personal de la obligación de otorgamiento de escritura pública. Como se puede ver tales meras opiniones, aún judiciales, no pasan de ser ello, lo cual contraviene abiertamente la solución legal establecida en nuestra codificación.

Se sabe que los plazos de prescripción pueden ser fijados única y exclusivamente por la ley, ello en virtud del artículo 2000°. Y como su ley es la única fuente, es sencillo colegir que su modificación, extinción o cualquier alteración solamente será viable a través de un dispositivo legal.

Por ello en el artículo 2001° se estatuye de modo claro que las acciones personales prescriben a los diez años, **salvo disposición diversa de la ley**. Justamente los únicos supuestos de imprescriptibilidad están plasmados en la propia codificación como sucede, verbi gracia, con la reivindicación (artículo 927°), la nulidad matrimonial (artículo 276°), la petición de herencia (artículo 664°), etc.

Si bien es factible encontrar algunas opiniones doctrinarias en contra, se sabe que ello no puede ir contra el sentido expreso de la ley. Y lo mismo sucede con algunos fallos.

⁹⁹ Vid. entre otras Cas. 1716-2008-Lambayeque y Cas. 1056-01

Un juzgador no podría utilizar estas opiniones ni fundamentos judiciales sino luego de recurrir al camino establecido por nuestra propia legislación, en el supuesto de entender que estamos ante una deficiencia legal.

En efecto, en el artículo VIII de nuestro código civil se consagra que ante un vacío o deficiencia de la ley el juzgador debe recurrir a los principios generales del derecho (lamentablemente nuestra legislación civil no dice que se deba recurrir a otras fuentes formales del derecho objetivo).

En este caso el principio aplicable (asumiendo que estamos ante un vacío o deficiencia de la ley) es el de la seguridad jurídica. Y como bien se sabe, la seguridad jurídica justamente se constituye en el pilar objetivo de la institución de la prescripción extintiva. O sea, el solo paso del tiempo debe generar certidumbre y no mantener en duda jurídica.

Si a ello agregamos el fundamento subjetivo por el cual se sanciona la inercia o inacción del beneficiado con la acción a demandar, la ley lo sanciona por negligente, con mayor razón cuando se trata de un lapso temporal tan largo como es el de los 10 años.

O sea, se sabe que el sistema jurídico espera cierta diligencia de parte de quien goza de una protección jurídica determinada, y si el titular no la ejercita dentro del lapso respectivo se entiende o que no tiene interés o que se negligencia no debe ser amparada por más tiempo y que en adelante debe favorecerse a quien se ubica en lado contrario dentro de la relación jurídica (Rubio 1987, 14).

Por ende, se puede concluir en que la acción personal consistente en demandar el otorgamiento de escritura pública (como obligación de hacer) es personal y sería susceptible de prescripción extintiva.

4.3.4. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ES EXCEPCIONAL

Conforme se ha venido diciendo, en nuestro sistema jurídico, la seguridad se constituye en uno de sus pilares, de tal modo que no se puede caminar tranquilo en sendas jurídicas si es que no se cuenta con elementos mínimos que concedan tranquilidad a los justiciables, y en general a toda la población.

La sola posibilidad de que algo sea eternamente exigible plantearía al ordenamiento jurídico gravísimos problemas, haciendo imposible la vida social y hasta la administración de justicia (Rubio 1987, 14).

Esta seguridad jurídica es la que sostiene que las pretensiones no pueden vivir eternamente en el tiempo, excepto de modo excepcional.

Si pensamos en algún caso penal, todos los delitos prescriben, excepto rarísimas excepciones. Y lo mismo acontece en el derecho administrativo, donde las sanciones cuentan con plazos de extinción del ejercicio. En general ello opera en todas las esferas jurídicas.

Para el caso civil, el fundamento es el mismo. Nuestro legislador optó en el año 1984 por la seguridad jurídica en el sentido en que ninguna pretensión podría sobrepasar del plazo temporal de los 10 años, que dicho sea de paso, es un tiempo más que prudencial.

Y como en materia civil las llamadas acciones se las puede dividir en personales o reales, en el artículo 2001° queda bien en claro que, salvo algunos casos puntuales de lapsos más cortos, toda pretensión personal o real prescribe a los 10 años como límite máximo.

El colocar estos tiempos máximos, insistimos, concede certidumbre y tranquilidad a los justiciables, pues genera seguridad jurídica.

Por consiguiente, si nuestro sistema optó por la prescripción de las pretensiones como regla, la imprescriptibilidad solamente puede operar de modo excepcional.

Y las excepciones no pueden venir a ser creadas sino es vía ley.

Ello quiere decir, que si el legislador (representante del pueblo) quiso que alguna pretensión fuese imprescriptible, así lo dijo expresamente en el texto legal, pues estimó que la naturaleza de dicha acción merituaba ser ubicada en un supuesto excepcional.

A contrario, si el legislador no colocó un supuesto puntual en la excepción es porque así lo estimó por conveniente.

Así las cosas, el legislador no se ha pronunciado, ni siquiera implícitamente, por la imprescriptibilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura pública, por lo que mal se hace en catalogar a un derecho común como de calidad superlativa, concediéndole una imprescriptibilidad que no tiene realmente fundamento.

Abunda a favor de ello que, si se revisa bien, las acciones conexas a los actos jurídicos que ameritarían emitir una escritura pública, absolutamente todas tienen plazo de prescripción. Por tanto, no es entendible que si el tema principal (el negocio jurídico) está rodeado de pretensiones prescriptibles, se conciba que algún tema conexo no esencial

(la formalización no solemne del acto jurídico original) tenga que ser imprescriptible.

4.4. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA NO ACREDITA LA PROPIEDAD

Ingresando a otro punto, en el medio jurídico es unánime la posición consistente en que en un proceso de otorgamiento de escritura pública no entra en discusión quién es el verdadero propietario, ni si el documento que da origen a la emisión de la escritura pública es válido o no.

Se ha dicho, entonces, que el proceso de otorgamiento de escritura pública no discute el derecho que pueda corresponder a las partes en el acto efectuado, más bien lo único que se analiza es el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento.¹⁰

Entonces, al tratarse de un proceso sumarísimo solamente se busca verificar si existe esa obligación; todo lo que tiene que ver con el real derecho de propiedad o con la validez del negocio celebrado tiene que ventilarse en un carril procesal amplio y predeterminado, pues las pruebas al respecto tienen que prepararse con antelación, lo cual no es viable en un trámite corto.

Por ello mismo es común encontrar que luego de un proceso de otorgamiento de escritura pública sumamente litigioso, los demandados inician un nuevo proceso de nulidad de un acto jurídico, de “mejor” derecho de propiedad, de concurrencia de acreedores, o alguno similar.

Por ello en la Casación 1716-2008-Lambayeque se aseveró que en un proceso de otorgamiento de escritura pública:

“(…) no resulta materia de discusión el derecho de propiedad del comprador con relación a un tercero, lo cual debe ser materia de la acción correspondiente sobre mejor derecho de propiedad u otra acción idónea, conforme a las normas que regulan la materia.”

4.5. LA ACREDITACIÓN INDUBITABLE DEL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO COMO PRESUPUESTO PARA LA FUNDABILIDAD DE LA DEMANDA

Aunque parezca una verdad de perogrullo, es indispensable insistir en este punto. Cuando se demanda el otorgamiento de escritura pública de un acto jurídico, si bien como solamente se busca: *“(…) revestir de formalidad un*

¹⁰ Vid. Casación 3812-2002-Lambayeque

acto jurídico, no discutiéndose la validez del negocio”¹¹, es ineludible acreditar fehacientemente la celebración del acto jurídico.¹²

Por lo regular se prueba el negocio con documentos escritos que no tienen la categoría publicista de la escritura pública; por ejemplo con documentos privados, escrituras imperfectas o hasta documentos de fecha cierta que no alcanzan al nivel de una genuina escritura pública.

Por tanto, no es posible demandar el otorgamiento de escritura pública de un negocio cuya celebración solamente se argumenta.

Reiteramos es ineludible la acreditación indubitable de la celebración negocial. Ergo, si el juzgador no tiene la convicción total de la celebración del acto que se pretende documentar debe rechazar la demanda por deficiencia probatoria, tal y como se ha resuelto acertadamente en el caso bajo examen.

4.6. ¿Y EL CUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN? ¿REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD?

Nuestra Corte Suprema ha empezado a introducir un requisito más para que una demanda de otorgamiento de escritura pública sea declarada fundada y se refiere al cumplimiento de la contraprestación por parte del comprador.

Efectivamente, se sabe que en una compraventa, si bien el vendedor tiene el deber de entregar el bien, es deber correlativo del comprador pagar su precio.

Sobre este presupuesto elemental de lógica jurídica y de equidad, es en la Casación 943-2005-Lima donde se enfatizó el principio de la buena fe de los contratantes, y se afirmó que:

“(…)la norma acotada debe ser interpretada en concordancia con el principio de la buena fe a que se refiere el artículo 1362 del código civil, en virtud del cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; debiendo entenderse que se configura la excepción de incumplimiento a que se refiere el artículo 1426° del código civil cuando la parte que solicita el cumplimiento de la obligación no ha cumplido con su obligación o con una parte sustantiva de la misma que lo legitime a solicitar la contraprestación a cargo de la otra, no resultando acorde con el principio de la buena fe

¹¹ Vid. Casación 1253-2006-Callao

¹² Por ello se ha dicho jurisprudencialmente que resultan impertinentes las pruebas que no tengan que ver con la materia en cuestión, como por ejemplo aquellas que acreditan la posesión ininterrumpida por una de las partes (Casación 1253-2006-Callao).

contractual que el actor haya solicitado el otorgamiento de la escritura pública sin siquiera haber cancelado parte del precio ni haber solicitado la consignación del mismo.”

Como se puede apreciar, se ha introducido un aspecto interesante de legitimidad para poder demandar el otorgamiento de escritura pública, consistente exactamente en haber pagado el precio o una parte considerable de él.

Por consiguiente, podemos acoger en adelante como requisito adicional de procedibilidad para demandar el otorgamiento de escritura pública el hecho de acreditar el haber pagado el precio (para la compraventa) o haber probado la contraprestación correspondiente (para los demás actos jurídicos).

5. LA DEMANDA ES INFUNDADA Y NO IMPROCEDENTE

Con todo lo dicho, y sobre todo lo afirmado en los rubros finales, llama la atención el proceder de la Vocalía Superior al declarar improcedente la demanda.

Si recordamos el derrotero del caso, el juez de primera instancia declara infundada la demanda y su sustento fuerte es que por mandato del artículo 196° del código procesal civil, la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión. En este caso, la demandante debió probar fehacientemente el acto de adjudicación para ser beneficiada con el otorgamiento de la escritura pública respectiva.

Y como en el artículo 200° del mismo cuerpo normativo se prescribe que si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada, hace bien el juez en rechazar la demanda declarándola, efectivamente, infundada, por ausencia de solvencia acreditativa del acto de adjudicación.

Con el mismo razonar, inexplicablemente la Sala Superior declara improcedente la demanda. Si la demandada no acreditó su pretensión, la Sala debió pronunciarse sobre la fundabilidad de la demanda y no sobre su procedibilidad; ergo, luego de todo lo reseñado, la demanda es infundada.

Quizás el proceder de la Sala sea para beneficiar a la demandante, dado que si se declaraba infundada la litis adquiriría calidad de cosa juzgada y no se puede volver a discutir judicialmente; en cambio al declararla improcedente, como no hay pronunciamiento sobre el fondo, no se genera la calidad de cosa juzgada quedando la demandante expedita para iniciar nuevamente el proceso.

Si bien la salida de los vocales superiores es saludable para la demandante, no lo es para el ordenamiento jurídico. Dicho en palabras crudas, si la demandante fue asesorada mal, fue su decisión contar con el letrado que la asesoró y entre ellos tienen que asumir la responsabilidad de tales decisiones. No puede la judicatura subrogarse en el lugar de la parte para beneficiarla.

Digámoslo con un ejemplo más claro, si yo tengo una dolencia ósea y decido ir a ver a brujo o a un médico general o a un quiropráctico empírico, antes que ir a ver a un médico especialista en traumatología, debo asumir las consecuencias de mi decisión. Y en caso de que se me genere un daño, tendré que demandar a quien me atendió, por el daño causado.

En este caso sucede igual, si la demandante perdió el caso por deficiencia probatoria, la demanda es infundada, y por generar cosa juzgada y perder la oportunidad de contar con la escritura pública, podrá ella luego demandar al letrado que la patrocinó, por ese perjuicio. Por tanto, no nos parece del todo correcto que los magistrados superiores hayan actuado conforme al ordenamiento jurídico cuando declararon improcedente la demanda.¹³

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos discutido a fondo el tema de la imprescriptibilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura pública, concluyendo en que se trata en realidad de una pretensión de naturaleza personal que, por mandato del artículo 2001° inciso 1 se rige por la prescripción decenal.

Pero como parte de la doctrina y la judicatura insiste en su imprescriptibilidad, para intentar amalgamar ambas posturas se podría decir que, en el peor de los casos la pretensión de otorgamiento de escritura pública podría ser imprescriptible si y solo si el acto jurídico que le da origen estuviese no solo ineludiblemente acreditado sino que contase con una documentación que le dé prestancia. En una palabra, cuando el acto

¹³ No obstante, y para aproximarnos a una suerte de solución equitativa frente a este tema en la Casación 3812-2002-Lambayeque se dieron algunas luces cuando se afirmó que: “(...) *en un proceso de otorgamiento de escritura pública, como el resuelto en el expediente acompañado, no se discute el derecho que les pueda corresponder a las partes en el acto efectuado, sino únicamente se analiza el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, por lo que no puede configurarse la vulneración al principio de cosa juzgada consagrado en el artículo ciento treintinueve (sic) inciso trece de la carta magna, concordado con el artículo ciento veintitrés del código procesal civil.*”

jurídico conste en un documento privado de fecha cierta, solamente en esos casos podría ser entendible hablar de imprescriptibilidad de la pretensión.

7. LISTA DE REFERENCIAS

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. 1997. *Derecho civil II – Derecho de obligaciones. Volumen segundo: Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. Barcelona: Bosch.
- DIEZ-PICAZO, Luis. 1996. *Fundamentos del derecho civil patrimonial – Las relaciones obligatorias*. 5ª edición. Volumen segundo. Madrid: Civitas.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter. 2006. *Derecho de exigir el cumplimiento de la formalidad en Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- PLANIOL, Marcelo y Jorge Ripert. 1946. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés – Los Contratos Civiles*. Tomo X. Primera parte. Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural S. A.
- RUBIO CORREA, Marcial. 1987. *Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Lima: Fundación M. J. Bustamante De la Fuente.
- SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. 2006. *Perfeccionamiento de la transferencia en Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

UNIDAD I: LA VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO EN UN PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.

LECTURA COMPLEMENTARIA

- **PASCO ARAUCO, Alan.** “¡Firma mi escritura pública!” Sobre la compraventa con reserva de dominio y la demanda de otorgamiento de formalidad. En: <http://www.revistaadvocatus.com/>.

Alan Pasco Arauco

Asociado del Estudio Philipi Pietrocarrizosa Ferrero DU & Uria Abogados

13 de Junio del 2016

“¡Firma mi escritura pública!” Sobre la compraventa con reserva de dominio y la demanda de otorgamiento de formalidad

El 08 de junio se realizó la Audiencia del IX Pleno Casatorio Civil en donde la Corte Suprema analizó si es posible examinar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública. A la fecha los fallos son contradictorios: para algunos vocales, en los referidos procesos, no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico; para otros, el juez tiene el deber de analizar y verificar en forma detallada los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico.

En el presente artículo no busco dar respuesta a la cuestión planteada en el IX Pleno, sino más bien analizar un caso resuelto hace algunos meses por la Corte Suprema y cuyo entendimiento podría inclinar un poco la balanza a favor de alguna de las posiciones que se debatieron en el referido Pleno.

La regla en la transferencia de propiedad inmobiliaria es que la sola celebración del contrato convierte al comprador en propietario. Una de las excepciones (convencionales en este caso) es la denominada reserva de dominio o reserva de propiedad^[1], en virtud de la cual las partes pactan que el comprador solo adquirirá propiedad una vez cancelado el precio de venta. Producida dicha cancelación, las partes firman un nuevo documento dando cuenta de dicha circunstancia y declarando la transferencia a favor del comprador. El caso resuelto en la Casación N° 2754-2013-Lima Norte^[2] tiene precisamente vinculación con la reserva de dominio.

Una persona natural suscribe con una asociación un contrato de compraventa con reserva de dominio a favor de esta última. El comprador demandó a la asociación el otorgamiento de la escritura pública. El Juez desestimó la demanda porque no estaba acreditada la existencia de un contrato válido (la asociación cuestionó la validez de la compraventa aduciendo que las personas que firmaron como presidente y secretario no ostentaban dichos cargos directivos); la Sala Superior confirmó la sentencia pero haciendo referencia a que existía una reserva de dominio y un saldo del precio que no había sido cancelado, lo que imposibilitaba que se pudiese otorgar la escritura pública. En Casación, la Corte Suprema sostuvo que habiendo una reserva de propiedad, no corresponde otorgar la escritura pública mientras el comprador no acredite haber cancelado el precio.

Analicemos si la solución de la Corte fue o no la adecuada.

Con una demanda de otorgamiento de escritura pública no se busca crear un contrato distinto a aquel que le sirve de base. Lo que se quiere es simplemente

revestir al contrato de la misma formalidad que las partes le hubiesen otorgado de haberse puesto de acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un contrato que contiene las cláusulas A, B, C y D, si las partes voluntariamente lo elevan a escritura pública esta tendrá las mismas cláusulas A, B, C y D. En caso una de las partes se niegue a firmar la escritura pública, la demanda que se interponga para dicho fin deberá buscar obtener una con las mismas cláusulas.. La regla es que la escritura pública otorgada por el Juez no debe ser distinta a la que las partes voluntariamente hubiesen firmado; y en ninguno de los casos esta puede tener un contenido distinto al contrato originalmente suscrito.

En el caso que vengo analizando, la pretensión del demandante (así se desprende de la sentencia casatoria) fue que se eleve a escritura pública la minuta de compraventa con reserva de dominio. Sin embargo, la Corte resolvió diciendo que no correspondía otorgar *“la escritura pública que permita el perfeccionamiento de la transferencia”*. Aquí ha existido una confusión de la Corte, porque la escritura pública solicitada por el demandante no es la misma que la Corte denegó. Me explico: el demandante solicitó una escritura pública de la minuta de compraventa, por lo cual dicha escritura habría contenido (al igual que la minuta) la cláusula de reserva de dominio. La Corte, por su parte, se negó a otorgar una escritura pública en donde se declara cancelado el saldo de precio y producida la transferencia de propiedad a favor del comprador (algo que el demandante no había solicitado).

El error consistió en que el demandante solicitó el otorgamiento de la escritura pública “A”, y la Corte denegó el otorgamiento de la escritura pública “B”. Considero que tratándose de una compraventa con reserva de dominio en la que el comprador no ha pagado aún el precio de venta:

(i) No existe ninguna limitación legal ni razón jurídica para que el Juez se niegue a otorgarle al comprador la escritura pública conteniendo la reserva de propiedad. Si las propias partes pueden voluntariamente suscribir una escritura pública de compraventa con reserva de dominio cuando el precio aún no ha sido cancelado, no hay razón para que eso mismo no se pueda obtener en la vía judicial. Más aún si se tiene en cuenta el interés del comprador en obtener dicha escritura pública para poder inscribirla en el Registro y así publicitar su condición de comprador (aún no propietario) mientras consigue el dinero necesario para cancelar el saldo del precio (el art. 2019 CC[3] permite que los pactos de reserva de dominio se inscriban y de este modo gocen de oponibilidad frente a terceros)

(ii) Sí existe impedimento legal para otorgar una escritura pública que perfeccione la transferencia de propiedad a favor del comprador. Si esta hubiese sido la pretensión del demandante, entonces sí se justificaba la decisión de la Corte: darle al comprador una escritura de transferencia pese a que aún no se ha pagado el precio de venta terminaría afectando al vendedor, pues le permitiría al comprador inscribir en el Registro un status jurídico de propietario que realmente no le corresponde.

Finalmente, ¿qué pasa si el comprador ya canceló el saldo del precio pero el vendedor se niega a firmar la escritura pública de cancelación de precio y transferencia de propiedad? ¿Podrá el comprador demandar el otorgamiento de dicha escritura aún cuando ni siquiera existe una minuta firmada por las

partes declarando ello? ¿Se puede demandar el otorgamiento de la formalidad de un acto que ni siquiera se ha “celebrado”?

Rechazar de plano la demanda alegando que al no haber ni siquiera minuta de cancelación no se puede otorgar la escritura pública, generaría una afectación desmedida para el adquirente, pues se le estaría condenando a no poder inscribir su derecho en el Registro, obligándolo a asumir todos los riesgos que ello implica. Por ende, la forma correcta de resolver el caso es que el Juez solicite al comprador acreditar la cancelación del precio de venta y la transferencia de propiedad a su favor.

Este es un buen caso para descartar que en un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez deba limitarse a darle al negocio jurídico la formalidad solicitada. Si bien aquí no estamos ante un caso en el que se discute la validez del contrato sino simplemente su eficacia como acto traslativo de propiedad, en el fondo se trata de lo mismo: cuando un juez conoce una demanda de otorgamiento de escritura pública, muchas veces deberá analizar cuestiones referentes al negocio cuya formalización se solicita, y éstas cuestiones pueden estar referidas no sólo a la validez sino también a su eficacia.

Notas del Autor:

[1] Artículo 1583 CC.- *En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.*

El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

[2] Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03 de marzo del 2015.

[3] Art. 2019 CC.- *“Son inscribibles los pactos de reserva de propiedad y de retroventa”*

UNIDAD II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARRENDADOR FINANCIERO POR DAÑOS OCASIONADOS A TERCEROS EN EL USO DEL BIEN AUTOMOTOR OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

LECTURA OBLIGATORIA

- BELTRAN PACHECO, JORGE. “Cuando el Banco cree que lo puede todo”.

CUANDO EL BANCO CREE QUE LO PUEDE TODO¹²

resarcimiento vs. contrato de arrendamiento financiero³

Mag. JORGE ALBERTO BELTRAN PACHECO⁴

I. EL CASO:

EXPEDIENTE : 00128-2013-0-1825-JP-CI-01

MATERIA : INDEMNIZACION

Resolución Nro. 08

Surquillo, quince de Octubre

Del dos mil trece.

SENTENCIA

VISTOS:

PETITORIO:

Que, por escrito de fecha cuatro de marzo de dos mil trece Doña (...), debidamente representada por su apoderado judicial (...), interpone demanda de Indemnización por Responsabilidad Extracontractual - Daños materiales, la misma que dirige contra Don (...), en calidad de chofer y del Banco (...). en calidad de propietario del bien riesgoso a fin de que cumplan con el gasto ocasionado por el choque de su vehículo, ascendente a la suma de S/. (...) Nuevos Soles por Daños y Perjuicios, mas gastos de reembolso, costas y costos del proceso e intereses legales que se devenguen.

¹ Dedicado a mi hermana Katherine Rosario Beltrán Pacheco quien fue víctima de un grave accidente en Japón pero por su gran fuerza y amor para con su hija superó con creces las secuelas del mismo. Una gran muestra de coraje, valentía y la expresión más sublime del "amor de madre". Feliz primer día de la madre hermanita, te amo.

² Para mi sobrina Mika Emi Chie Calderón Beltrán, milagro de vida quien estuvo en el vientre de mi hermana al momento del accidente y sirvió de motor para toda la familia. Eres el regalo del día de la madre más bello.

³ Un saludo por los 200 números a la revista Diálogo con la Jurisprudencia de Gaceta Jurídico de la cual me honra ser colaborador permanente. Gracias a quien me invitó hace más de diez años (Federico Mesinas Montero, gran amigo) y a toda la familia de la revista liderados por Walter Gutierrez Camacho, Manuel Muro Rojo y Juan Carlos Esquivel Oviedo.

⁴ Profesor universitario en escuelas de pre y postgrado. Consultor de la ONU y del Banco Mundial. Árbitro. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura y Asesor de diversas entidades del Estado y empresas públicas y privadas.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:

Amparan su demanda en los artículos 24º.5; 68º; 85º; 86º;87º;92º, del Código Procesal Civil; 1970º; 1983º; 1985º del Código Civil, artículo 90º del Reglamento Nacional de Transito y 29º de la Ley 27181 (Ley General de Transporte y Tránsito terrestre).

TRAMITE:

Admitida a trámite, la presente demanda por resolución uno de fecha once e marzo de dos mil trece, se corre traslado de la misma, siendo contestada por el Banco (...). quien formula una denuncia civil contra (...) Courier & Cargo, con fecha diecisiete de abril del año en curso, por resolución dos se tiene por contestada la demanda; por resolución tres luego de las absoluciones mediante escritos de fechas veinte y veintidós de mayo último, se resuelve declarar improcedente la denuncia civil formulada; por resolución cuatro de fecha tres de Junio se tiene en calidad de rebelde al co-demandado (...), se da por saneado el proceso, solicitando a las partes que propongan sus puntos controvertidos; por resolución seis de fecha veintidós de Agosto se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios y se solicita como prueba de oficio el Atestado Policial N° 110-REGPOL-DIVTER –SUR 1 CS-SAT , emitido por la Comisaria de Surquillo; Por resolución siete de fecha dieciocho de octubre, se da cuenta del Atestado remitido, debidamente certificado por la Delegación Policial, y se dispone que se ponga los actuados para Sentenciar, por lo que se procede a emitir la resolución final, de acuerdo a las siguientes consideraciones

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO.- Que la presente litis es una acción en vía abreviada en que corresponde determinar si resulta procedente que los co-demandados le otorguen una indemnización a la demandante por responsabilidad extracontractual - daños materiales, surgidos por la reparación del vehículo marca Ford modelo Ecosport año 2010, así mismo determinar el reembolso e intereses legales, ascendiendo dicho quantum indemnizatorio a la suma de (...) Nuevos Soles;

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

SEGUNDO.-La responsabilidad civil extracontractual, es consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil contractual es producto de del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado “relación obligatoria”, que los requisitos comunes de la responsabilidad civil son la:

A) **Antijuridicidad**: conducta antijurídica que contraviene una norma prohibitiva ó cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en responsabilidad civil extracontractual, tenemos que la

antijuridicidad típica y atípica, es decir, antijuridicidad en sentido amplio y material (no formal), el mismo que fluye de los artículos 1969º y 1970º del Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo a la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

B) **Daño Causado**: Se entiende por daño, la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en sentido formal y técnico de la expresión, en otras palabras podemos decir que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedores de la tutela legal. En lo que respecta al campo extracontractual ha consagrado legalmente en el artículo 1985º del Código Civil, el criterio de reparación integral de daños, a diferencia del ámbito contractual, en la cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone el artículo 1321º del Código acotado.

C) **Relación De Causalidad**: Esta es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica ó atípica y el daño producido a la víctima, no habría responsabilidad de ningún clase.

Aquí existe dos figuras que como son la **concausa** y la **fractura causal**, que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente fractura causal. Las fracturas cuales en el ámbito extracontractual son cuatro⁵

D) **Factores de Atribución**: Los factores de atribución, que son aquellos que determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuridicidad, el daño producido y la relación de causalidad. El factor de atribución en el campo extracontractual son dos: la culpa y el riesgo creado. La diferencia entre ambos factores de atribución es evidente, y apunta principalmente, a que en el sistema subjetivo; el autor de una conducta antijurídica que ha causado daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entendiéndose dolo o culpa, ***mientras en el sistema objetivo del riesgo; además de las tres condiciones lógicamente necesarias, solo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad***, no debe olvidarse que se entiende por bienes riesgosos todos los que significan un riesgo adicional para nuestra vida de relación social; pero sin embargo, de acuerdo a nuestra experiencia normal de una determinada sociedad, son absolutamente indispensables para el desarrollo social y la satisfacción de necesidades consideras social y jurídicamente merecedores de la tutela legal.

⁵ El caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

En la doctrina, existe unanimidad de la existe de dos categorías de daño patrimonial, que son de aplicación en el campo contractual como en el extracontractual: el daño emergente y el lucro cesante. Ahora veremos, que como consecuencia de un accidente de tránsito, si una persona pierde el vehículo que utilizaba como instrumento de trabajo, el daño emergente estará conformado por el costo de reposición del vehículo siniestrado; mientras que el lucro cesante, por los montos que se dejara de percibir por el trabajo que realizara con el vehículo⁶.

(...)

QUINTO.- La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, en tal sentido ello no implica que el juzgador deba tomar por ciertos los hechos expuestos en la demanda, quien además se encuentra facultado en meritar todos los hechos probatorios admitidos y actuados en el proceso; y en base a ellos emitir su decisión, esto en base a que el co- demandado (...), fue declarado rebelde (ver resolución 04 de autos).

ANALISIS DE LA PRETENSION

SEXTO.- Que del peritaje técnico de daños, como del Atestado Policial N° 110-REGPOL-DIVTER –SUR 1 CS-SIAT, así como las vistas fotográficas que corren en autos, se puede verificar claramente que el vehículo de placa de rodaje (UT1), fue investido por el vehículo de placa (UT2), que era conducido por el co-demandado (...), toda vez que este último, a nivel policial, manifiesta que conducía a una velocidad aproximada de 55 a 60Km/h, que la palanca de cambio se encontraba en tercera y que la avenida por donde transitaba es de circulación rápida, que venía conversando con su compañero de trabajo, que estaba sentado en el asiento del copiloto, que se confió de que el vehículo de la actora pudiera haber avanzado, así también indica que venía a la par con un vehículo que estaba a su mano derecha; En este sentido, claramente se puede advertir que el conductor del vehículo de placa (UT2), no ha tomado en cuenta, la señal reguladora de PARE, que se encuentra en la Avenida Angamos, a la altura del lugar donde se produjeron los hechos, no cediendo el paso, tal y conforme lo establece el artículo 44º del Reglamento Nacional de Tránsito; así también, no ha cumplido con las normas de velocidad, que establece el artículo 93º del mismo cuerpo de leyes, entendiéndose, que el hecho se produjo a inmediaciones del Centro Comercial Open Plaza (costado), tal y conforme lo indica el mismo demandado, en su manifestación policial, es en ese sentido que se evidencia que el demandado no respeto los límites de velocidad establecido en el artículo 163º “a) En zonas comerciales la velocidad máxima es de 35KM/h”, sumado a ello tenemos que la intersección de la Avenida Angamos y la Calle Jean Paul Sartre, corresponde a una zona urbana, por lo que en las intersecciones no semaforizadas, la velocidad precautoria no debe superar a 30 km/h, bajo esta circunstancia, podemos resumir que el conductor demandado, no tomo las precauciones del caso, al cruzar la intersección, donde se encontraba el vehículo de la demandante, que conforme al atestado policial y lo indicado por la parte demandada, este vehículo se encontraba menos de la mitad posterior expuesta al carril de la Avenida Angamos de Este a Oeste, por lo que debió el conductor demandado, advertir del mismo; sin embargo no lo hizo, es más la velocidad utilizada no era la permitida, para transitar por dicha zona, y para mayor abundar tenemos

⁶ En el caso que nos convoca, solo estaría reclamándose el daño emergente.

Primero: Es materia de grado la resolución N° 08 (sentencia) de fecha 15 de octubre de 2013 obrante de fojas 189 a 193, mediante la cual se declara fundada en parte la demanda, ordenando que los demandados paguen en forma solidaria a la demandante la suma de S/.(...), más intereses legales, con costas y costos.; e infundada en el extremo del reembolso de S/.(...), sin perjuicio que lo haga valer en la etapa correspondiente. Interpone apelación la demandada Banco (...). según escrito del 07 de noviembre del acotado año corrientes de fojas 210 a 214, siendo concedida con efecto suspensivo por resoluciones N° 09 del 28 de noviembre del mismo año existente a fojas 215.

Segundo: La apelación “... *tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente*”, conforme lo establece el artículo 364° del Código Procesal Civil; **para ello es imperativo que la apelante fundamente el agravio, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria,** según lo señala el artículo 366° del Código acotado.

Tercero: La entidad apelante expone como agravios: **a)** Se incurre en error en el sexto, sétimo y octavo considerando al establecer que existe responsabilidad solidaria de ambos demandados, dado que, no se ha tomado en cuenta que el vehículo que ha ocasionado los daños, fue adquirido al amparo de lo establecido en el Decreto Legislativo 299 y su Reglamento, para efectos de ser dado en arrendamiento financiero a favor de (...) Corier & Cargo S.A. conforme consta en la escritura pública del 23 de junio de 2011; **b)** En la cláusula sexta de la escritura pública citada, se señala que la referida entidad societaria asumió total responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan generarse contra terceros por cualquier hecho que el vehículo de placa (UT2) este involucrado; y, **c)** Se desprende que su parte en calidad de propietaria del vehículo carece de responsabilidad respecto de la pretensión demandada, toda vez que la misma le corresponde sólo al demandado (...).

Cuarto: Advirtiendo lo actuado en autos, es de exponer en principio lo siguiente: en primer lugar, el apelante debe exponer los errores de hecho y de derecho incurridos en la resolución impugnada y precisar su naturaleza, de tal manera que el superior en grado pueda dar respuesta de los mismos, resolviendo de manera congruente la materia objeto del recurso, esto es, que las alegaciones materia de agravio deben estar expresamente dirigidos a la indicación de errores de hecho y de derecho, lo contrario implicaría una fundamentación insuficiente; y, en segundo lugar, en esa línea se advierte que los argumentos expuestos en la apelación (puntos 2, 3, 4, 5, 6, 10 y 11) resultan similares a los señalados en su escrito de contestación a la demanda (puntos 3, 4, 5, 6, 7 y 8), circunstancia que permite señalar que estas constituyen propiamente fundamentos de hecho de la demanda.

Quinto: Establecido ello y apreciando que existe conexidad en los agravios expuestas por la entidad apelante, es de establecer: **a)** Estos fueron materia de análisis en la sentencia, concluyendo en la responsabilidad del conductor demandado (...), así como la responsabilidad solidaria conjuntamente con el propietario del vehículo que es Banco (...), quien en su escrito de contestación señaló tener tal condición, así en el punto 5 de la parte de “**Pronunciamiento respecto a los hechos alegados por la demandante**”, señala “...*debemos expresar que nuestra parte asistió a la mencionada audiencia y*

manifestó que teniendo en cuenta nuestra condición de propietario arrendador del vehículo involucrado en el accidente de tránsito, no tenía responsabilidad alguna al amparo de los establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo 299...”, es decir, que pese a la negativa de responsabilidad acepta su condición de propietario del bien; b) En efecto, el artículo 6 del Decreto Legislativo 299 señala que “Los bienes materia de arrendamiento financiero deben ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro. La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que los recibe la locadora”; c) Sin embargo, un aspecto que no puede soslayarse es el propio acuerdo celebrado en el contrato de arrendamiento financiero entre (...)Corier & Cargo S.A. y Banco (...) S.A., cuya escritura pública corre de fojas 66 a 79, estableciéndose en el punto 6.3.4. respecto a la responsabilidad del cliente, así “Asume total responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan generarse contra terceros, por cualquier hecho en el que el mueble esté involucrado, y si el Banco fuese obligado a asumir esas reparaciones y pagos en su condición de propietario del mueble, el cliente deberá reembolsarle de inmediato, asumiendo en caso contrario por toda demora...”; d) En tal contexto y teniendo en cuenta que en este caso se demanda una indemnización derivada de accidentes de tránsito (responsabilidad extracontractual) así como la referida a transporte y tránsito terrestre, específicamente el artículo 29° de la Ley 27181, esto es, que son solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasiones, el conductor y propietario del vehículo; y, e) Es de acotar –conforme a lo pactado en el contrato de arrendamiento- que si el Banco es obligado a asumir reparaciones, el cliente debe reembolsarle los mismos, esto es, que existe una obligación entre ambas partes. (el sombreado es nuestro)

Sexto: En tal contexto es de concluir que los argumentos expuestos por la apelante carecen de absoluto asidero, no evidenciándose en modo alguno que se haya incurrido en error de hecho o de derecho en la resolución materia de grado; por lo que, esta debe ser confirmada.

Por estas consideraciones:

SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución N° 08 (sentencia) de fecha 15 de octubre de 2013 obrante de fojas 189 a 193, mediante la cual se declara fundada en parte la demanda, ordenando que los demandados paguen en forma solidaria a la demandante la suma de S/ (...), más intereses legales, con costas y costos.; e infundada en el extremo del reembolso de S/ (...), sin perjuicio que lo haga valer en la etapa correspondiente. En los seguidos por (...) con (...) y Banco (...). sobre Indemnización. Devuélvase.

II. ANÁLISIS:

1. DEL OBJETO DE ESTUDIO (PROBLEMA):

En el presente caso, siguiendo la filosofía de la revista “Diálogo con la Jurisprudencia”, he decidido referirme a un proceso judicial donde se discute (nuevamente) ***si un Arrendador Financiero debe asumir la responsabilidad civil por los daños derivados del uso del objeto del contrato de arrendamiento (vehículo) por parte del Arrendatario Financiero.***

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El Decreto Legislativo Nro.299 (Ley de Arrendamiento Financiero) señala en su artículo 6 lo siguiente: *“Los bienes materia de arrendamiento financiero deben ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro. La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que los recibe la locadora”*. Por su parte el Reglamento del Decreto Legislativo Nro.299 (Decreto Supremo N° 559-84-EFC) en su artículo 23 precisa: *“Para el efecto a que se refiere el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de arrendamiento financiero, corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros”*.

Así se advierte que el propósito de la legislación del Arrendamiento Financiero consiste en atribuir los costos derivados del uso del bien (de modo regular o anómalo) al arrendatario por lo que el arrendador (propietario) tendrá el derecho a exigir que éste contrate a una empresa de seguros para que asuma el valor de los daños a terceros. Ello resulta razonable teniendo en cuenta que el “leasing” es un contrato empresarial cuyo propósito principal es el financiamiento.

No obstante, la legislación especial sobre accidentes de tránsito conduce la atribución del costo del resarcimiento al arrendador financiero (Banco, como propietario), a la empresa aseguradora y al conductor (se presume al arrendatario quien es el usuario del bien). Así la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 016-2009-MTC, (Reglamento Nacional de Tránsito) y normas modificatorias, regulan en la actualidad todo lo relativo a la circulación de vehículos automotores dentro del territorio nacional; así como lo referido específicamente a daños causados a terceros, producto de accidentes de tránsito; estableciendo que el conductor, la compañía aseguradora y el propietario del vehículo, son responsables solidarios por los daños que el bien cause a aquellos. En consecuencia, ante la ocurrencia de un siniestro, estas normas permiten que la víctima dirija su reclamo, de forma indistinta, contra el causante directo (conductor), su aseguradora si la hubiera y/o el propietario del vehículo, inclusive cuando éste no tuviera participación alguna en el accidente.

La controversia interpretativa recae en este extremo puesto que hay un conflicto respecto a la atribución del costo del resarcimiento. De este modo surge la interrogante: ¿debemos privilegiar la autonomía privada (contrato de arrendamiento financiero) y excluir al Banco de todo tipo de pretensión resarcitoria o incluirlo conforme lo dispuesto por las normas específicas de tránsito?

3. **BASES TEÓRICAS DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO:**

A. **Sobre el arrendamiento financiero:**

El arrendamiento financiero⁷ o también denominado “contrato de leasing” es un acuerdo que ilustra *un instrumento de financiamiento la cual tiene como base el arrendamiento y que produce grandes ventajas económicas y fomenta de esta manera la inversión*⁸. De este modo, quien (habitualmente un empresario) requiere de un bien para la “producción” evita acudir al engorroso trámite bancario del préstamo convencional y contrata con la

⁷ En Perú el marco legal que rige estos instrumentos financieros se rigen por el Decreto Legislativo N° 299, el Decreto Supremo N° 559-84-EFC (26.07.84), la Ley N° 27394 (30.12.2000) y el Decreto Legislativo N° 915 (12.04.2001).

⁸ MARTORELL, Ernesto (1998). *Tratado de los Contratos de Empresa*. Editorial Depalma. Buenos Aires.

empresa del sistema financiero para que le ceda en uso el bien requerido (previamente adquirido según indicaciones del arrendatario) o la suma de dinero que permita dicha adquisición a fin de usarlo (obteniendo sus frutos, lucro) y así, de ejercer la opción de compra, adquirirlo al término del plazo contractual.

Para el fallecido maestro Arias Schreiber, el arrendamiento financiero “es un contrato por el cual una institución financiera debidamente autorizada concede a una persona natural o jurídica el uso y disfrute de un bien de capital, adquirido por la mencionada institución al fabricante o proveedor señalado por el interesado y al solo efecto de este contrato”⁹. Por su parte Rodríguez Azuero señala que leasing es “(...) aquel por el cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que entrega a título alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el arrendatario, al vencimiento del plazo, de continuar el contrato de nuevas condiciones o de adquirir los bienes que tiene en su poder”¹⁰.

Vidal Blanco señala que el leasing es el contrato mercantil en virtud del cual un empresario, cumpliendo instrucciones expresas del presunto arrendatario, compra en nombre propio determinados bienes muebles o inmuebles, para que, como propietario arrendador, los alquile al mencionado arrendatario, para que éste los utilice por un período irrevocable a cuyo término tendrá la opción de adquirir la totalidad o parte de otros bienes arrendados, por un precio convenido previamente con el propietario arrendador, considerándose que todos los desembolsos que efectúa el futuro arrendador son por cuenta del presunto arrendatario hasta la iniciación del período de arrendamiento¹¹.

Me parece ilustrativa la conceptualización practicada por Broseta Pont, para quien este contrato se trasluce en “la existencia de una operación de financiación a mediano o largo plazo, mediante la cual quien necesita un bien (normalmente maquinaria o bienes de

⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. (1994). *Contratos Modernos*. Gaceta Jurídica Editores. Lima.

¹⁰ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. (1979). *Contratos Bancarios – Su significación en América Latina*. Editorial Presencia. Bogotá.

¹¹ VIDAL BLANCO, Carlos. (1977). *El Leasing*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis de Doctorado. Ministerio de Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Instituto de Planificación Contable.

*equipo) contrata con un intermediario financiero para que éste lo adquiera del fabricante, con el fin de cederle su uso por tiempo determinado durante el pago de un canon*¹².

En este orden de ideas, el contrato de *arrendamiento financiero* es un contrato típico (regulado en el Perú) de naturaleza comercial, en virtud del cual, una empresa del sistema financiero, adquiere un bien (de naturaleza productiva) a solicitud de un locatario (arrendatario financiero) que puede ser una persona natural o jurídica, para que ésta una vez sea la titular del dominio le entregue su tenencia, recibiendo en contraprestación del locatario, una suma determinada de dinero, de manera periódica, a título de canon de arrendamiento, por un lapso de tiempo determinado. Otorgándose además por parte de la arrendadora al arrendatario la opción de que una vez culminado el plazo inicialmente pactado pueda optar, bien sea por restituir el bien a la arrendadora, por prorrogar el plazo del contrato, o solicitar le sea transferida la titularidad del derecho de propiedad a cambio de pagar una suma ínfima de dinero – inicialmente pactada en el contrato - a título de opción de adquisición, u opción de compra.

Durante el período de vida del contrato, desde el punto de vista legal, el arrendador es el propietario del bien que se está otorgando en arrendamiento, empero, las responsabilidades por el desperfecto del bien o el daño ocasionado a terceros es asumido por el usuario del *bien*. El deber de asumir los daños que se produzcan a terceros por el uso del bien puede explicarse teniendo en consideración la especial naturaleza del contrato.

Por un lado, el contrato de arrendamiento financiero tiene un contenido mixto puesto que contiene disposiciones “heredadas” del contrato de arrendamiento (civil) donde el arrendatario tiene el deber de no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres (artículo 1681 numeral 7 del Código Civil). Así, de producirse algún daño a terceros el arrendador podrá resolver el contrato y trasladar el costo del daño al arrendatario (mediante un pago resarcitorio). No obstante, la legislación

¹² BROCETA PONT, Manuel. (1985). *Manual de Derecho Mercantil*. 6ta edición. Madrid.

civil no contiene disposición alguna sobre la responsabilidad del arrendador y del arrendatario frente a terceros.

Por otro lado, la especial naturaleza comercial del contrato de arrendamiento financiero (ánimo de lucro) y su propósito de financiamiento¹³ (favorecer la producción mediante inyección de capital) determina el traslado de todo costo contractual del arrendador (empresa del sistema financiero) a quien es el arrendatario financiero. Así, en virtud del contrato, el arrendatario paga un canon (que contiene un porcentaje del valor del bien (según el número de cuotas asumido), la comisión bancaria, el costo del seguro y otros portes).

Cabe indicar que el arrendador financiero mantiene la propiedad del bien por razones estratégicas (reducir el costo de ejecución del bien, en caso de incumplimiento, y ser el beneficiario del seguro). No obstante, tener dicha condición puede conllevar algunas consecuencias jurídicas no previstas en el contenido contractual como la responsabilidad por los daños derivados de accidentes de tránsito. ¿Se pueden excluir dichas consecuencias jurídicas (pago de resarcimiento a víctimas de tránsito) mediante un contrato? Desde mi perspectiva ello no es posible, más aún el Código Civil explícitamente dice: **“Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”** (artículo 1986 del Código Civil). Si bien es cierto no hay una regulación similar referida al riesgo (artículo 1970 del Código Civil) es claro que toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad en caso de responsabilidad objetiva es nula por leonina.

B. Sobre Responsabilidad Civil derivada de accidentes de tránsito

¹³ A nivel doctrinario se estima que para definir la naturaleza jurídica del contrato de leasing, se deben considerar dos puntos de vista: el leasing como una operación y el leasing como un contrato, ya que son dos acepciones en las cuales el leasing tiene puntos importantes que tomar en cuenta y que deben clarificarse hasta donde sea posible, para que éste cumpla con su finalidad, siendo sus fines principales, el de producir los resultados y beneficios, que buscan las personas al momento de decidir realizar un contrato de leasing.

B.1 Aspectos generales

Uno de los propósitos del Derecho (y el esencial) es la protección de los intereses de los sujetos (y en especial la tutela de la dignidad de la persona). Así se han concebido mecanismos de protección diversos entre los cuales tenemos a la Responsabilidad Civil¹⁴.

La idea primigenia de responsabilidad desde un principio se orientaba a imputar en el causante del comportamiento dañoso la obligación de responder socialmente por su conducta y ello hasta la actualidad se ha mantenido incólume. Lo único que ha variado es que la responsabilidad ya no se dirige hacia el castigo del infractor, sino más bien en la efectiva reparación del daño a la víctima, por parte de su victimario. Aunque considero que un enfoque mixto sería el más atinado (***proteger a la víctima desincentivando la conducta del responsable***).

Bajo la idea expuesta previamente, debemos señalar que la palabra responsabilidad o específicamente “responsable” deviene del vocablo latino *responderé* que significa responder o “el que responde”, por ello, desde tiempos lejanos se ha relacionado el concepto de responsabilidad con la idea de “reparación”¹⁵, la cual se refiere a que el responsable de un daño debe reparar el daño producido a otro mediante una partida monetaria, esto es el pago de indemnización por los perjuicios irrogados.

Entonces, la responsabilidad, en sentido amplio, constituye la consecuencia jurídica (deber jurídico) que recae sobre el autor o partícipe de un comportamiento dañoso y que lo obliga a afrontar y reparar las consecuencias dañosas, mediante un resarcimiento¹⁶.

¹⁴ Desde un plano netamente semántico, es una palabra que alude al valor inherente a la persona que le permite tomar conciencia de las consecuencias de sus actos, bajo la perspectiva de la moral. Desde la óptica jurídica actual, la responsabilidad es conceptualizada como aquella carga u obligación legal que compele al autor de un hecho nocivo a asumir las consecuencias jurídicas de ese acto. A la vez, responsable, es el obligado a responder por los efectos perjudiciales de sus actos

¹⁵ El profesor Alterini señala que “tradicionalmente se ha entendido que, en sentido estricto, la responsabilidad concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento tanto de una obligación preexistente como del deber genérico de no dañar a otro”. Citado por PIZARRO, Ramón. (2000). *Daño Moral, Prevención, Reparación, Punición*. Hammurabi. Buenos Aires.

¹⁶ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Editorial Civitas, Universidad de Deusto. Madrid.

En síntesis, cuando se afecta o se produce un daño a la persona a un tercero o a cualquier otro bien jurídicamente protegido, surge la natural pretensión de quien padeció el daño de ver reparado el perjuicio, propugnando que las cosas vuelvan a su estado primigenio, mediante la responsabilidad civil.

Es por ello que doctrinariamente existe total acuerdo en cuanto la responsabilidad civil es de naturaleza eminentemente resarcitoria, reparadora, indemnizatoria, restitutoria compensatoria e incluso satisfactoria, sin dejarse de lado los efectos preventivos que también se le atribuyen, esto es como un elemento que desanime o disuada la comisión de conductas vedadas¹⁷.

Finalmente, aún cuando el principio rector implica no generar daño a otro y su consecuencia necesaria es la reparación del daño en caso de incumplimiento, el ejercicio del derecho a ser resarcido queda sujeto a la libre discrecionalidad de quien padeció el daño directamente o como titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no el correspondiente resarcimiento.

Empero, a estos tiempos, la responsabilidad civil se encuentra inmersa en un proceso de revisión de sus postulados primigenios, adquiridos en su gran mayoría del Código Napoleónico, los mismos que lucen superados ante las situaciones jurídicas actuales; por ejemplo, cuando se trata de determinar la responsabilidad en el daño producido por hecho propio o por el hecho del dependiente.

B.2 Análisis de la Responsabilidad Civil

En todo caso de Responsabilidad Civil es indispensable que se cumplan sus elementos de análisis, los cuales son:

¹⁷ PIZARRO, Ramón. (2000). *Daño Moral, Prevención, Reparación, Punición*. Hammurabi. Buenos Aires.

a. **COMPORTAMIENTO DAÑOSO:**

Es la conducta generadora de la consecuencia dañosa, la cual en el presente caso consiste en el accidente de tránsito que determinó el daño económico a la demandante. Por ende, dicho comportamiento consiste en una conducta ilícita en tanto es contraria a la ley (Código Civil y Código de Tránsito), al orden público y a las buenas costumbres.

b. **CONSECUENCIA DAÑOSA:**

Refiere a las consecuencias que se producen por el daño ocasionado. En este caso el daño, concebido como “la afectación a un interés protegido por el ordenamiento jurídico”, que en este caso es el “interés económico” consiste en un “daño emergente” puesto que implica la “afectación económica consistente en el egreso o pérdida de un valor”.

c. **RELACIÓN CAUSAL:**

Es el nexo existente entre el comportamiento dañoso y la consecuencia dañosa basándose en lo dispuesto por el artículo 1985 del Código Civil peruano que dispone:

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

d. **CRITERIO DE IMPUTACIÓN:**

Finalmente para que se otorgue un resarcimiento es necesario que el daño que se ha producido sea la consecuencia de una conducta atribuible al causante pero que, además, implique la razón legal para trasladarle el costo del daño. Así, tal como lo hemos señalado, el artículo 1970 del Código Civil justifica la razón por la que se le atribuye el costo del daño a quien actúa mediante el uso de un bien riesgoso, siendo solidario por mandato del Código de Tránsito y por disposición del Código Civil.

B.3 Principales dispositivos legales sobre Responsabilidad Civil derivada de Accidentes de Tránsito

El Reglamento Nacional de Tránsito, dispone en su artículo 271 lo concerniente a la conducta peligrosa. Así regula:

Artículo 271º.-

“La persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, infringiendo las reglas del tránsito, será responsable de los perjuicios que de ello provengan.”

Precisando (dicho Reglamento Nacional de Tránsito) lo concerniente a la responsabilidad del conductor en su artículo 272, que dispone lo siguiente:

“Se presume responsable de un accidente al conductor que incurra en violaciones a las normas establecidas en el presente Reglamento”

Finalmente, la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre- ley 27181 (en su artículo 29) determina los alcances de la Responsabilidad Solidaria derivada de un accidente de tránsito en los siguientes términos:

Artículo 29º.- De la responsabilidad civil

“La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.”

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO Y RESPUESTA AL OBJETO DE ESTUDIO

4.1 ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

Luego de expuestas las bases teóricas acudamos al caso concreto y determinemos si hay Responsabilidad Civil en este caso:

a. COMPORTAMIENTO DAÑOSO:

Dicho comportamiento consiste en una conducta ilícita en tanto es contraria a la ley (Código Civil y Código de Tránsito), al orden público y a las buenas costumbres.

Así, el comportamiento dañoso está descrito en el atestado policial del siguiente modo:

“el vehículo conducido por don (...), de placa de rodaje (UT2) se desplazaba con una *velocidad no prudente* para la circunstancia y el lugar, *encontrándose distraído, lo que había minimizado su capacidad de reacción*, ... encontrándose en la vía Angamos *dos (02) avisos de tamaño regular que indica (PARE) haciendo caso omiso a los avisos...*”

Ello está previsto en el Artículo 1970 del Código Civil que regula:

“Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

La conducta de conducir un vehículo es concebida como una actividad riesgosa puesto que implica la incorporación de peligros que exceden el normal control de los sujetos, por lo que las medidas de prevención no refieren a la “simple diligencia” o “cuidado ordinario” sino a la “reducción o eliminación del peligro”. Por ello se le concibe como una responsabilidad objetiva o riesgosa en tanto será suficiente la acreditación de la conducta generadora de consecuencias dañosas y de su carácter peligroso (como lo es el manejo) para determinar como consecuencia: “el pago de la indemnización”.

b. **CONSECUENCIA DAÑOSA:**

En el presente caso, el daño económico está demostrado con la correspondiente cotización entregada por un taller especializado en la reparación de vehículos similares al siniestrado.

“Presupuesto de la empresa Maquinaria Nacional S.A.- Perú, que se anexo ante la PNP y por ende se encuentra anexo en el Atestado Policial referido en el cual se determinó que los daños materiales a la suma de S/(...) nuevos soles”.

c. RELACIÓN CAUSAL:

Conforme a las conclusiones del atestado se señala que está demostrado que:

“..con la estructura anterior derecha de su camioneta –entiéndase el automóvil del codemandado (...)-, impactó la estructura anterior izquierda del vehículo de placa de rodaje (UT1) conducido por Doña (...), ocasionándole daños materiales, los cuales se encuentran probados con el peritaje técnico de constatación del vehículo (UT1)”.

d. CRITERIO DE IMPUTACIÓN:

Finalmente para que se otorgue un resarcimiento es necesario que el daño que se ha producido sea la consecuencia de una conducta atribuible al causante pero que, además, implique la razón legal para trasladarle el costo del daño. Así, tal como lo hemos señalado, el artículo 1970 del Código Civil justifica la razón por la que se le atribuye el costo del daño a quien actúa mediante el uso de un bien riesgoso, siendo solidario por mandato del Código de Tránsito y por disposición del Código Civil.

Por ende, existiendo Responsabilidad Civil, finalmente debe aplicarse la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre- ley 27181 (en su artículo 29) que determina los alcances de la Responsabilidad Solidaria derivada de un accidente de tránsito en los siguientes términos:

Artículo 29º.- De la responsabilidad civil

“La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.”

4.2 Respuesta al OBJETO DE ESTUDIO (PROBLEMA)

Así, resultan responsables solidarios EL BANCO (como arrendador propietario) y el arrendatario (como usuario) no pudiendo argumentarse la asunción exclusiva de la Responsabilidad Civil por parte del arrendatario financiero en virtud del contrato de arrendamiento financiero. Ello por las siguientes razones:

- (i) Si bien es cierto todo contrato es expresión de autonomía privada y debe ser de obligatorio cumplimiento (artículo 1361 del Código Civil: “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”) es importante precisar que sus estipulaciones sólo vinculan a las partes contratantes y no a terceros.
- (ii) El Decreto Legislativo N°299 sobre arrendamiento financiero dispone que *“la arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que los recibe la locadora”* pero ello no significa que el arrendador excluya su responsabilidad civil. Así, debe interpretarse este artículo del siguiente modo: ***“si eres arrendatario financiero asumirás el deber de resarcir los daños a terceros por el uso del bien, por lo que es un deber jurídico exigible por el arrendador financiero (interpartes), sirviendo de sustento para la subrogación (en relaciones internas) existente entre codeudores solidarios cuando uno de estos***

paga íntegramente la deuda (como es el caso del Banco) en virtud del artículo Artículo 1983 del Código Civil (Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales)”.

- (iii) Lo pactado en el contrato de arrendamiento financiero no es oponible a la víctima (efecto extra-partes) quien sustenta su derecho en las normas del Código Civil peruano y la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre-ley 27181 (en su artículo 29).
- (iv) No cabe la exclusión de Responsabilidad Civil por culpa inexcusable o dolo; a lo que debemos agregar (con mayor razón) al riesgo, por coherencia y consistencia del sistema jurídico.
- (v) En este caso las partes asumieron en su propio contrato una estipulación en los siguientes términos: (el arrendatario financiero) ***“Asume total responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan generarse contra terceros, por cualquier hecho en el que el mueble esté involucrado, y si el Banco fuese obligado a asumir esas reparaciones y pagos en su condición de propietario del mueble, el cliente deberá reembolsarle de inmediato (...)”*** (punto 6.3.4. respecto a la responsabilidad del cliente). Lo cual muestra que el Banco acepta que no se puede excluir de Responsabilidad Civil en su calidad de propietario del vehículo.

Por ello estamos de acuerdo con la sentencia del 16° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima cuando señala:

“Quinto: Establecido ello y apreciando que existe conexidad en los agravios expuestas por la entidad apelante, es de establecer: a) Estos fueron materia de análisis en la sentencia, concluyendo en la responsabilidad del conductor demandado (...), así como la responsabilidad solidaria conjuntamente con el propietario del vehículo que es Banco (...), quien en su escrito de contestación señaló tener tal condición, así en el punto 5 de la parte de “Pronunciamiento respecto a los hechos alegados por la demandante”, señala “...debemos expresar que nuestra parte asistió a la mencionada audiencia y manifestó que teniendo en cuenta nuestra condición de propietario arrendador del vehículo involucrado en el accidente de tránsito, no tenía responsabilidad alguna al amparo de los establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo 299...”, es decir, que pese a la negativa de responsabilidad acepta su condición de propietario del bien; b) En efecto, el artículo 6 del Decreto Legislativo 299 señala que “Los bienes materia de arrendamiento financiero deben ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro. La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que los recibe la locadora”; c) Sin embargo, un aspecto que no puede soslayarse es el propio acuerdo celebrado en el contrato de arrendamiento financiero entre (...)Corier & Cargo S.A. y Banco (...) S.A., cuya escritura pública corre de fojas 66 a 79, estableciéndose en el punto 6.3.4. respecto a la responsabilidad del cliente, así “Asume total responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan generarse contra terceros, por cualquier hecho en el que el mueble esté involucrado, y si el Banco fuese obligado a asumir esas reparaciones y pagos en su condición de propietario del mueble, el cliente deberá reembolsarle de inmediato, asumiendo en caso contrario por toda demora...”; d) En tal contexto y teniendo en cuenta que en este caso se demanda una indemnización derivada de accidentes de tránsito (responsabilidad extracontractual) así como la referida a transporte y tránsito terrestre, específicamente el artículo 29° de la Ley 27181, esto es, que son solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados, el conductor y propietario del vehículo; y, e) Es de acotar –conforme a lo pactado en el contrato de arrendamiento- que si el Banco es obligado a asumir reparaciones, el cliente debe reembolsarle los mismos, esto es, que existe una obligación entre ambas partes”. (el sombreado es nuestro)

La Molina, Abril de 2015

UNIDAD II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARRENDADOR FINANCIERO POR DAÑOS OCASIONADOS A TERCEROS EN EL USO DEL BIEN AUTOMOTOR OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

LECTURA COMPLEMENTARIA

- PESCHIERA MIFFLIN, Diego. “El Leasing o Arrendamiento Financiero y El Financiamiento de Proyectos: Potencialidades aun sin Explotar en el Perú”.

Diego Peschiera Mifflin^(*)^(**)

El **leasing o arrendamiento financiero** y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

«EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO SE ENCUENTRA REGULADO DESDE HACE MUCHOS AÑOS EN EL PERÚ Y, NO OBSTANTE ELLO, AUN NO ES UN ‘PRODUCTO» QUE SE USE MASIVAMENTE POR LAS EMPRESAS O PERSONAS JURÍDICAS. ASUMIMOS QUE POR DESCONOCIMIENTO Y POCA DIFUSIÓN DE SUS ATRIBUTOS Y BENEFICIOS EN GENERAL».

1. Noción general

Desde no hace muchos años, el financiamiento de proyectos en el Perú se ha convertido en una especialidad cada vez más frecuentada, estudiada y estructurada no solo por banqueros sino por analistas y, por cierto, abogados.

En un país en donde la brecha de infraestructura es enorme comparada con aquella de nuestros vecinos y, estando a la espera de importantes cantidades de inversión privada local e internacional, resulta vital que se contrate con estructuras de financiamiento adecuadas y modernas que ayuden poco a poco a disminuir la brecha indicada y hagan posible procesos de inversión de envergadura.

En el presente artículo, no trataremos sobre la forma clásica de estructurar un financiamiento de proyectos, sino más bien veremos cómo a partir del contrato de leasing o arrendamiento financiero se puede estructurar interesantes alternativas que pueden ayudar al desarrollo de los financiamientos de proyectos en el Perú.

Como parte de este trabajo, analizaremos de manera general el régimen legal del leasing en el Perú, su situación actual, sus beneficios

(*) Abogado. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Nueva York. Estudios completos de Filosofía por la Facultad de Teología Pontificia y Civil de Lima. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Lima y la Maestría en Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(**) Para mis tres enanas, mis amores.



y usos, la problemática jurisprudencial, sus potencialidades y sugerencias de cambio legislativo, entre otros aspectos.

2. Definición de leasing o arrendamiento financiero

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto Legislativo 299 (Ley de Leasing) el leasing o arrendamiento financiero es «el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado».

Mediante esta modalidad y de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Leasing, una entidad bancaria o entidad especializada autorizada en leasing o arrendamiento financiero (arrendador) adquiere ciertos bienes muebles o inmuebles para darlos en arrendamiento financiero a una persona denominado «arrendatario», quien deberá pagarle cuotas por un plazo determinado, al final del cual tendrá el derecho a ejercer la opción de compra del bien a un valor previamente pactado.

En virtud de ello, tenemos que el leasing o arrendamiento financiero puede recaer tanto sobre bienes muebles o inmuebles y, para ello, nos tendremos que ceñir a lo que el

«EL ARRENDADOR REALIZA UNA PREVIA ADQUISICIÓN DE UN BIEN MUEBLE O INMUEBLE DE PROPIEDAD DE SU CLIENTE PARA LUEGO Y EN FORMA SIMULTÁNEA FACILITARLE EL USO Y EXPLOTACIÓN DE ESE MISMO BIEN, DURANTE UN PLAZO FIJADO, Y CON OPCIÓN DEL CLIENTE VENDEDOR-ARRENDATARIO DE ADQUIRIR EL BIEN».

Código Civil peruano entiende por estos bienes en los artículos 885 y 886.

Sin embargo, está claro que -desde el punto de vista financiero- no podrá llevarse a cabo operaciones de leasing o arrendamiento financiero sobre bienes que el arrendador, en caso de resolución o no ejecución de la opción de compra por parte de arrendatario, no pueda vender o disponer con facilidad, salvo que se traten de bienes que por su naturaleza se hayan depreciado absolutamente y, por tanto, el arrendador no esté buscando recuperar financieramente el costo de adquisición del bien.

Teniendo todo ello como base, conviene analizar brevemente si cabe realizar operaciones de leasing sobre construcciones o sobre bienes que se encuentran en construcción.

En principio, solo se puede llevar a cabo operaciones de leasing o arrendamiento financiero sobre bienes existentes e identificables. Por lo tanto, no es posible hacer leasing sobre bienes futuros. No

Diego Peschiera Mifflin

obstante, sí es posible pactar -lo que los bancos y las empresas especializadas en operaciones de leasing llaman el *pre-leasing* para este tipo de bienes aun en construcción o elaboración.

El denominado *pre-leasing* no es otra cosa que una línea de crédito especial otorgada por un banco y con cargo a la cual se realizan los adelantos o pagos necesarios a fin de que el proveedor o constructor de los bienes puede avanzar con la obra o encargo. Se podrá discutir, en otra oportunidad, si las empresas especializadas en operaciones de leasing están autorizadas a otorgar «líneas de crédito» como la mencionada, al no tener las facilidades y autorización propia de una empresa bancaria.

Es importante precisar que todos los pagos o adelantos que se hagan en virtud de esta mecánica deben hacerse directamente por el banco financiador y futuro arrendador del bien, a favor del proveedor o constructor de tal manera que la factura por dichos avances de dinero o pago se emita a favor del banco financiador.

En virtud de ello, el banco financiador y posterior arrendador de esos bienes será el propietario civil de todo aquello por lo cual habrá pagado con cargo a esa línea de crédito especial. Una vez terminada la construcción, se procederá a «activar», es decir, se suscribirá el contrato de leasing o arrendamiento financiero por medio de una escritura pública conforme a lo que dispone el artículo 8 de la Ley de Leasing y, a partir de dicha fecha, empezarán a correr los plazos del contrato así como los plazos de depreciación que correspondan al bien arrendado, entre otros efectos.

3. Características básicas del leasing o arrendamiento financiero

En líneas generales, el contrato de leasing o arrendamiento financiero presenta las siguientes características básicas:

a) Opción de compra; todo contrato de leasing o arrendamiento financiero debe contener una opción de compra sobre los bienes a favor del arrendatario. El arrendatario podrá ejercer dicha opción al término del plazo de vigencia del contrato. El ejercicio de la opción de compra es unilateral e incondicional.

b) Plazo del contrato; el plazo del contrato es fijado de común acuerdo entre las partes en función a la duración económica del bien que es materia de arrendamiento. En buena cuenta el plazo estará en función a los plazos de depreciación que señale la Ley del Impuesto a la Renta para el tipo de bienes que se financien.

c) Asunción de riesgos; el arrendatario asume los riesgos y vicios del bien, así como su conservación y mantenimiento. No obstante ello, veremos más adelante que existe jurisprudencia preocupante sobre este aspecto.

d) Formalidad; el contrato de leasing o arrendamiento financiero se celebra necesariamente por escritura pública, que puede inscribirse o no en los Registros Públicos respectivos.

e) Financiamiento; no cabe duda de que el leasing o arrendamiento financiero es una alternativa de financiamiento de mediano plazo o largo plazo (dependiendo del tipo de bien que se financie) que permite maximizar el planeamiento tributario y financiero de las empresas.

f) Facilita la utilización de bienes; el contrato de leasing o arrendamiento financiero facilita la adquisición de instalaciones, maquinarias y otros activos a quien carece de capital necesario para su adquisición.

El contrato coincide con el plazo de depreciación tributaria del bien y se encuentra garantizado con el mismo bien, toda vez que el arrendador conserva la propiedad civil del mismo. El arrendatario se encuentra facultado a adquirirlo ejerciendo su opción de compra por un valor previamente determinado al momento de la suscripción del contrato de leasing o arrendamiento financiero.

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

g) Favorece la circulación de la riqueza económica; a través del contrato de leasing o arrendamiento financiero, se cede el uso y goce económico de un bien y, luego, transfiere la totalidad de los poderes económicos objeto del contrato.

4. Marco legal del leasing o arrendamiento financiero

En el Perú, el leasing o arrendamiento financiero es un contrato típico y regulado por la Ley de Leasing, la misma que se encuentra vigente desde el 27 de julio de 1984. Dicha norma general se encuentra reglamentada a través del Decreto Supremo 559-84-EFC del 28 de diciembre de 1984 (Reglamento de la Ley de Leasing) sobre todo a raíz de cambios en el régimen tributario general aplicable a estas operaciones.

En consecuencia, el leasing o arrendamiento financiero se encuentra regulado desde hace muchos años en el Perú y, no obstante ello, aun no es un «producto» que se use masivamente por las empresas o personas jurídicas. Asumimos que por desconocimiento y poca difusión de sus atributos y beneficios en general.

4.1. ¿Quiénes pueden acceder al leasing o arrendamiento financiero?

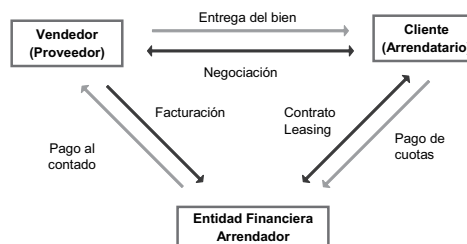
De acuerdo con la Ley de Leasing, solo las empresas bancarias y financieras y las empresas especializadas en arrendamiento financiero pueden ser arrendadores en operaciones de leasing⁽¹⁾.

En el lado del arrendatario, si bien la Ley de Leasing no limita su utilización a personas determinadas, la realidad es que solo personas jurídicas o, en todo caso, personas naturales generadoras de rentas de tercera categoría se constituyen normalmente en arrendatarios en operaciones de leasing básicamente por el aprovechamiento de los

beneficios tributarios que la ley le otorga al leasing que no hacen posible que personas sin actividad empresarial maximicen esos beneficios.

4.2. Estructura básica de una operación de leasing o arrendamiento financiero

Arrendamiento Financiero



5. Definición de lease-back o retroarrendamiento financiero

El *lease-back* o retroarrendamiento financiero es una modalidad de leasing. En virtud de ella, el arrendador realiza una previa adquisición de un bien mueble o inmueble de propiedad de su cliente para luego y en forma simultánea facilitarle el uso y explotación de ese mismo bien, durante un plazo fijado, y con opción del cliente vendedor-arrendatario de adquirir el bien.

(1) No obstante, téngase presente que el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Leasing establece la posibilidad que empresas de arrendamiento financiero no domiciliadas en el país puedan solicitar autorización a la SBS para realizar operaciones de leasing en el mercado interno, previo registro ante la SBS y el cumplimiento de diversos requisitos especiales. En caso la SBS acepte la solicitud, deberá llevar un registro especial para estas empresas. En nuestro entendimiento, la SBS no ha creado ese registro especial y por tanto no existen empresas no domiciliadas autorizadas a realizar leasings o arrendamientos financieros en el Perú. Lo que confirma que, para la SBS por lo menos, la posición de arrendador del leasing o arrendamiento financiero está reservada para bancos y entidades de arrendamiento financiero domiciliadas en el Perú.

Diego Peschiera Mifflin

Esta modalidad facilita y permite que empresas accedan a un financiamiento al convertir en efectivo sus activos fijos y poder mantener, si bien con un título distinto, el uso y goce de los mismos bienes sin interrupciones. Desde la perspectiva del vendedor-arrendatario, su situación financiera ha cambiado muy positivamente pues, sin necesidad de desposeer el bien mueble o inmueble, ha obtenido un financiamiento posiblemente en condiciones económicas muy favorables y sin necesidad de entregar ningún activo en garantía, lo que redundando directamente en la tasa de interés y demás condiciones propias del arrendamiento financiero.

Pensemos en las potencialidades de esta modalidad de financiamiento. Imaginemos, por ejemplo, en una empresa pesquera que tiene dentro de sus activos algunas embarcaciones pesqueras y que necesita de financiamiento para adquirir otras o para ampliar su planta o eventualmente planea alguna adquisición estratégica para sus planes de desarrollo.

En un caso como ese, la empresa tiene básicamente las tres siguientes opciones para lograr el financiamiento:

- a) proponer un aporte de accionistas,
- b) solicitar un préstamo bancario (posiblemente de mediano plazo), o
- c) «realizar» activos.

No cabe duda de que la opción de realizar aporte de los accionistas siempre debiera ser la alternativa menos atractiva.

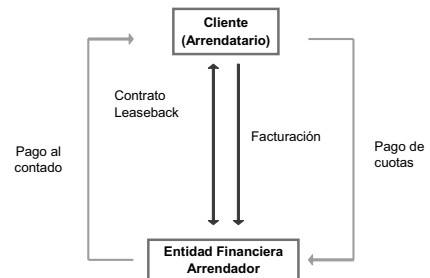
En ese caso, quedan las opciones b) y c) y, en esa medida, salvo excepciones (a veces dependerá si la empresa es pequeña, mediana o corporativa), la opción del préstamo bancario normalmente es (i) más onerosa en términos de tasa de interés, (ii) la empresa no obtiene ningún beneficio tributario por ello, (iii) consume las líneas de crédito para préstamos que la empresa mantenga con la entidad bancaria y (iv) se requerirá (en la mayoría de los casos) que el préstamo esté respaldado en una garantía real o en la cesión de algún flujo de dinero, lo que podría originar

sobrecostos y pérdida de valor importante en la eventualidad de algún incumplimiento y ejecución de la garantía.

Queda entonces la opción c) de «realizar» activos. Sin entrar a explorar todas las opciones financieras de esa alternativa (que incluye eventualmente procesos de titulización, entre otras) proponer un *lease-back* o retroarrendamiento financiero sobre las embarcaciones pesqueras (en nuestro ejemplo) es una opción válidamente aceptable para cualquier entidad financiera o empresa especializada en leasing.

5.1. Estructura básica del *lease-back* o retroarrendamiento financiero

Lease-Back o retroarrendamiento financiero



6. Partes intervinientes en los contratos de leasing o arrendamiento financiero

6.1. Empresa arrendadora

De acuerdo con la Ley de Leasing, solo las empresas bancarias y financieras y las empresas especializadas en arrendamiento financiero reguladas y supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) pueden ser arrendadores en operaciones

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

de leasing⁽²⁾. En consecuencia, los bancos y entidades financieras internacionales o del exterior no se encuentran facultados para realizar operaciones de leasing o arrendamiento financiero en el Perú⁽³⁾.

6.2. Arrendatario

Como ya se ha indicado, si bien la Ley de Leasing no limita su utilización a personas determinadas, la realidad es que solo personas jurídicas o en todo caso personas naturales generadoras de rentas de tercera categoría se constituyen normalmente en arrendatarios. Nada impide, por cierto, que personas naturales puedan adquirir activos o bienes a través de operaciones de leasing pero, claro está, no tendrán ningún incentivo para hacerlo por las implicancias tributarias que luego se verán.

7. Régimen tributario general del leasing o arrendamiento financiero y del *lease-back*

Si bien no es el propósito de este trabajo discutir ni analizar el tratamiento tributario del leasing o arrendamiento financiero o del *lease-back*, resulta importante tener, por lo menos, una noción general de los aspectos tributarios más resaltantes de la figura:

Así, por ejemplo, se puede mencionar los siguientes:

a) Los bienes materia de leasing o arrendamiento financiero deben considerarse como «activo fijo» para el arrendatario y «colocación» (operación activa o préstamo) para el arrendador, y se deprecian conforme lo establece la Ley del Impuesto a la Renta.

b) De forma excepcional, se podrá aplicar como tasa de depreciación máxima anual aquella que se determine en función a la cantidad de años que comprende el contrato, siempre que la duración mínima del contrato se pacte entre dos (2) y cinco (5) años, dependiendo de si son bienes muebles o inmuebles, y que se establezca que la opción de compra podrá ser ejercida solo al término del contrato.

c) Para la determinación del Impuesto a la Renta, las cuotas periódicas del leasing o arrendamiento financiero constituye renta para el arrendador y gasto deducible para el arrendatario.

d) Las cuotas de leasing o arrendamiento financiero están gravadas con el Impuesto General a las Ventas (IGV). El arrendador puede usar como crédito fiscal el IGV que grava la adquisición de los bienes, siempre que cumpla con los requisitos formales y se destine a operaciones afectas al IGV.

e) Por su parte, el arrendatario puede usar como crédito fiscal el IGV trasladado en las cuotas de leasing o arrendamiento financiero y, en caso de ejercer la opción de compra, el trasladado en la venta del bien, siempre que en ambos supuestos cumpla con destinar la adquisición a una operación afecta al IGV, cumplir con los requisitos formales y que el bien objeto del contrato de leasing o arrendamiento financiero sea necesario para producir la renta o mantener su fuente, de acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta.

f) En los contratos de *lease-back*, el resultado proveniente de la enajenación de los bienes del arrendatario al arrendador no se encuentra gravado con el Impuesto a la Renta.

g) En los casos de *lease-back*, el arrendatario deberá continuar depreciando los bienes a la misma tasa aplicada hasta antes de la transferencia y sobre el mismo valor en libros.

h) Igualmente, en los casos del *lease-back*, si el arrendatario no ejerce la opción de

(2) Actualmente, en adición a las empresas bancarias, existen cinco empresas financieras especializadas autorizadas por la SBS para llevar adelante operaciones de leasing o arrendamiento financiero.

(3) Véase comentario de la nota al pie (1).

Diego Peschiera Mifflin

compra o se resuelve el contrato, la renta bruta será la diferencia entre el valor de mercado de los bienes y el valor neto en libros, en el momento en que se produzca tal situación.

8. Financiamiento de proyectos y los contratos de leasing o arrendamiento financiero

8.1. Noción general

Hoy en día, luego de los procesos de desregulación estatal, la ola privatizadora de activos y derechos del Estado sobre sus propiedades y el otorgamiento de concesiones de infraestructura y explotación de servicios públicos a favor de concesionarios privados, aun el déficit de infraestructura básica y de servicios, es enorme.

Frente a ello, el financiamiento de proyectos se ha convertido entonces en un mecanismo que permite y facilita el desarrollo de proyectos medianos y de envergadura con y sin la participación del Estado.

Dentro de esta perspectiva, resulta sumamente interesante estructurar un financiamiento de proyectos a partir de contratos de leasing o arrendamiento financiero como alternativa al financiamiento de proyectos clásicos el cual se estructura a partir de préstamos bancarios ordinarios o préstamos sindicados o, para los casos más especiales, a través del mercado de capitales local o internacional.

8.2. Características básicas de los financiamientos de proyectos

El financiamiento de proyectos tiene, normalmente, las siguientes principales características:

a) El proyecto se desarrolla y ejecuta a partir de la constitución de una sociedad de propósito especial (SPE) a la que normalmente se la denomina el *project company*. Esta SPE será el sujeto de crédito del eventual financiamiento.

b) Los principales activos de esta SPE son los contratos de concesión, licencia u otros del mismo tipo así como los flujos de dinero que produzca el proyecto y los contratos de concesión y construcción respectivos (denominados

Contratos EPC por sus siglas en inglés *engineering, procurement and construction contract*).

Por otro lado, tratándose de una sociedad recién constituida no existen pasivos o contingencias de tipo laboral o tributario lo que hace más sencillo el proceso de *due diligence* que normalmente los acreedores llevan a cabo por exigencias de sus comités de crédito y riesgos.

c) Los acreedores basan su decisión crediticia en el flujo de caja proyectado de la SPE, en lugar del valor de sus activos o los resultados económicos históricos a diferencia de un financiamiento tradicional.

d) Las principales garantías para los acreedores serán los contratos de concesión, licencias o propiedad sobre ciertos derechos de la SPE y las acciones o participaciones sociales de la SPE. Dichos contratos se denominan *project agreements*.

En una estructura de leasing o arrendamiento financiero, posiblemente el acreedor no exija garantías salvo que se trate de financiar un proyecto en forma «integral» o se conjuguen operaciones de leasing o arrendamiento financiero y préstamos bancarios y todos compartan los mismos activos como garantías *pari passu*.

e) Los patrocinadores o *sponsors*, normalmente los accionistas o socios de la SPE, prestan su garantía en forma limitada a través de garantías corporativas.

Estas garantías corporativas normalmente cubren lo que se denomina el *completion risk* o riesgo de falta de cumplimiento del proyecto. Este riesgo es posiblemente el más importante desde el punto de vista del

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

acreedor pues si el proyecto no llega a terminarse indudablemente no se generarán los flujos esperados o proyectados ocasionando un incumplimiento inmediato del financiamiento. Por tal razón, la forma de mitigación de ese riesgo constituye pieza clave durante el proceso de estructuración del financiamiento.

f) Normalmente los proyectos se financian con altos niveles de deuda.

Cuando se trata de financiamiento de proyectos en los que el Estado es quien promueve la inversión privada y por tanto se suscriben contratos de concesión, lo tradicional es que se suscriba los siguientes tipos de contratos de concesión, los mismos que, de acuerdo con nuestra legislación, son considerados bienes inmuebles y, por tanto, susceptibles de ser hipotecados. Estos son dos:

f.1. Contratos BOOT (por sus siglas en inglés *build-own-operate-transfer*). A través de este contrato, la SPE construye el proyecto, es de su propiedad, lo opera y, al cabo de unos años (normalmente plazos muy largos, 30 años o más), transfiere el proyecto y su propiedad al Estado, y

f.2. Contratos BOT (por sus siglas en inglés *build-operate-transfer*). A diferencia del caso anterior, la SPE nunca es propietaria de los activos que construye. Solo se limita a recibir alguna renta en función a la operación del proyecto por parte del Estado.

En el Perú, existen varias experiencias en relación con financiamiento de proyectos con el respaldo de una hipoteca sobre un Contrato BOOT⁽⁴⁾. Estas hipotecas se inscriben en el Registro de Concesiones de Servicio Público de los Registros Públicos respectivos.

Claro está que, en los casos de financiamiento de proyectos en los que el Estado otorga una determinada concesión, será difícil lograr una financiación a través de leasing pues, para que ello se logre, el acreedor financiero y no el concesionario (o, en última instancia, el Estado) debe ser el propietario de los bienes de la concesión, salvo que se trabaje en algún contrato de concesión en particular que sí

permita el financiamiento a través de leasing o arrendamiento financiero, lo cual, a nuestro entender, no ha ocurrido.

Por tanto, el financiamiento de proyectos a través de leasing o arrendamiento financiero está reservado -esperamos que por ahora- a proyectos estrictamente privados o en los que la participación del Estado no involucra el otorgamiento de una concesión tipo BOOT o BOT.

9. Bancabilidad de un financiamiento de proyecto mediante leasing o arrendamiento financiero, cambios y adecuaciones mínimas al contrato de construcción del proyecto (el EPC)

En la estructuración de un financiamiento de proyecto a través de leasing o arrendamiento financiero, en el cual el activo se construirá, resulta de vital importancia que el acreedor adecúe y modifique el contrato de construcción o EPC a fin de prever que todos los bienes, maquinarias y demás piezas o componentes de aquello que se está financiando son y serán de propiedad del banco acreedor pues será este -y no el futuro arrendatario- quien pague por ellos con cargo a la línea de crédito de leasing (activada como *pre-leasing* pues, como hemos indicado, tratándose de bienes en construcción y por tanto no existentes como activos habrá de esperar hasta que se termine su construcción a fin de «activar» el leasing como tal).

Por ello, el banco acreedor sigue muy de cerca y solicita expresamente modificar

(4) Entre otros: (i) el proyecto del gas de Camisea; (ii) el proyecto de distribución del gas en Lima y Callao; y (iii) la línea de transmisión Mantaro-Socabaya.

Diego Peschiera Mifflin

algunos aspectos del contrato de construcción o EPC a fin de precisar por lo menos los siguientes dos aspectos fundamentales:

a) Que el acreedor (banco o empresa de leasing como hemos visto) sea el propietario u *owner* de los bienes que el cliente-arrendatario ha encargado construir, y

b) que el acreedor será el único obligado a pagar los adelantos y todos los gastos vinculados con la construcción y/o elaboración de los bienes que se financian bajo un leasing o arrendamiento financiero y, por tanto, todas las facturas deben ser giradas y emitidas a nombre del acreedor a fin de sustentar su propiedad. Las demás secciones o provisiones del contrato de construcción o EPC normalmente quedan inalteradas, pues ellas siguen siendo obligatorias para el cliente-arrendatario y lo que menos quisiera hacer el acreedor es asumir responsabilidades contractuales más allá de lo que le corresponde como entidad financiadora.

Si el acreedor no se asegura de hacer estos dos cambios fundamentales, entonces, la operación ya no será una de leasing sino un *lease-back* pues, al haber el cliente-arrendatario pagado con sus propios fondos los bienes construidos, estos habrán ingresado a su patrimonio y, al ser de su propiedad cualquier transferencia posterior de esa esfera hacia la del acreedor, ya no sería considerada un leasing.

En los casos en los que se proyecte financiar a través de leasing o arrendamiento financiero, por ejemplo, la construcción de turbinas de generación eléctrica, la construcción de centrales hidroeléctricas o termoeléctricas u otros proyectos de envergadura similares, el acreedor o acreedores (asumiendo que se hayan suscrito contratos de leasing independientes) deben esmerarse mucho no solo para identificar físicamente los bienes o activos cuya construcción o elaboración financiarán, sino también para precisar que dichos bienes son de su exclusiva y única propiedad.

Incluso cuando se trata de bienes que deben ser importados debido a que su construcción se ha llevado a cabo en el exterior (que es la mayoría de los casos en los

financiamientos de envergadura), el importador de esos bienes siempre debe ser el acreedor-arrendador y, por tanto, el obligado a pagar los impuestos y demás cargos, pues él es el propietario del bien o activo financiado.

Por esas razones, resulta sumamente importante la participación activa del acreedor financiero a fin de asegurarse que el contrato de construcción prevé el financiamiento mediante leasing o arrendamiento financiero de los bienes que se construyen.

10. Limitaciones para financiamientos de envergadura. Límites operativos establecidos en la Ley de Bancos

Como toda operación de financiamiento, el otorgamiento de un leasing o arrendamiento financiero está sujeto a límites operativos que están estrechamente vinculados con el patrimonio efectivo del banco o entidad financiera especializada. Como es sabido, un banco o entidad financiera no puede financiar o prestar sin ningún límite a un determinado cliente, pues no diversificar el riesgo crediticio implica poner en riesgo directo el patrimonio del banco o entidad financiera.

Para mitigar esos riesgos, la regulación bancaria dispone una serie de límites operativos a fin de que sean cumplidos estrictamente por las entidades financieras. En el caso de las operaciones de leasing o arrendamiento financiero, el límite operativo es del 30% del patrimonio efectivo del banco o entidad financiera⁽⁵⁾ (que se encuentre autorizada, claro está, a realizar operaciones de leasing).

(5) Dicho límite se encuentra establecido en el artículo 209 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

Debe tenerse presente que el límite originalmente establecido por la regulación bancaria (es decir, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, aprobada mediante Ley 26702) era del 70% del patrimonio efectivo del banco o entidad financiera⁽⁶⁾.

Para tener una idea más clara de las reales dimensiones de este límite, imaginemos que el patrimonio efectivo de un banco sea de US\$ 1000 (mil millones de dólares americanos) aproximadamente. Eso quiere decir que este banco, aplicando el límite operativo del 30% antes indicado, podría financiar él solo una operación de leasing o arrendamiento financiero de hasta por la suma de US\$ 300 (trescientos millones de dólares americanos), suma con la cual, claro está, podría financiarse prácticamente cualquier proyecto en el Perú.

No obstante, actualmente en el Perú no existe ninguna operación de financiamiento a través de leasing o arrendamiento financiero por una suma ni siquiera cercana a esa. La inmediata pregunta es ¿por qué?, pues hay diversas explicaciones para una pregunta como esa e intentaremos abordar solo algunas:

- a) Los bancos y las entidades financieras perciben que no hay suficientes proyectos de esa envergadura que ameriten ir al límite establecido por la regulación bancaria;
- b) cuando los proyectos implican un mayor riesgo de terminación (*completion risk*), los bancos y las entidades financieras suelen ser más cautos y adversos al riesgo del proyecto; y
- c) los bancos y las entidades financieras prefieren muchas veces tener como «socio» a otras entidades financieras, de tal manera que puedan compartir el riesgo del proyecto u operación particular de que se trate.

En el primer caso, revisando las estadísticas, se tiene que la mayor concentración de operaciones de leasing o arrendamiento financiero está en el sector de la pequeña y mediana empresa, sectores cuyos volúmenes de requerimiento de financiamiento «tradicional» son menores a los de las empresas del sector corporativo. Eso quiere decir que, posiblemente, las empresas pequeñas y medianas están siendo más agresivas solicitando operaciones de leasing o arrendamiento financiero que las empresas corporativas. Y eso puede tener su explicación en el hecho que teniendo las empresas corporativas acceso a otras fuentes de financiamiento (posiblemente en términos financieros más beneficiosos) no tengan necesidad de requerir intensamente de este tipo de financiamientos en sus operaciones cotidianas. Paradójicamente, las más grandes operaciones de leasing o arrendamiento financiero (desde el punto de vista del monto financiado) desde siempre se han dado y posiblemente se darán en el sector corporativo.

Todo lo contrario resulta el caso de las empresas pequeñas y medianas en donde sus fuentes de financiamiento son limitadas por razones básicamente de riesgo crediticio, siendo el leasing o arrendamiento financiero posiblemente una de sus principales fuentes de financiamiento.

En el segundo caso, es claro que mientras más riesgo tenga el proyecto, mayores

Seguros, y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, aprobada mediante Ley 26702 (Ley de Bancos).

(6) La Ley 28184 derogó el artículo 210 de la Ley de Bancos que establecía el límite del 70% sobre el patrimonio efectivo e incorporó el nuevo límite de 30% sobre el patrimonio efectivo en el artículo 209 de la citada Ley de Bancos.

Diego Peschiera Mifflin

serán los resguardos que el acreedor tome al momento de aprobar crediticiamente su participación.

Como hemos visto, el riesgo de terminación en un financiamiento de proyectos quizás sea el riesgo más notorio e importante que usualmente los acreedores tratan de mitigar. En el caso de un financiamiento efectuado a través de una operación de leasing o arrendamiento financiero, si no se llegase a terminar el proyecto, el banco o entidad financiera acreedora mantendrá los bienes que se hayan financiado hasta ese momento y procederá inmediatamente a venderlos a terceros a fin de aplicar el resultado de dicha venta a la deuda originada por el *pre-leasing* o leasing de ser el caso.

En el tercer caso, se trata de compartir riesgos y eso es lo que normalmente hacen los bancos o entidades financieras participantes. Difícilmente un solo banco o entidad participará individualmente en un financiamiento de proyecto, incluso si este se hace a través de una operación de leasing o arrendamiento financiero, como veremos más adelante. No solo se trata de límites operativos, sino de compartir los riesgos del proyecto con otros acreedores en iguales condiciones o términos económicos.

Finalmente, es importante mencionar que desde el punto de vista de la regulación bancaria una operación de leasing o arrendamiento financiero es considerada una «colocación» es decir, tiene el tratamiento de un crédito u «operación activa», no obstante que civil y contractualmente el banco acreedor es el dueño de los bienes que se financian bajo el leasing o arrendamiento financiero.

Por el lado del deudor-cliente-arrendatario, como ya hemos anticipado, los bienes se contabilizan en su propio balance para los fines de la depreciación acelerada como si fueran de su propiedad. Sin duda, estamos frente a ficciones que la Ley de Leasing ha contemplado para esta alternativa de financiamiento tan interesante y con tanto potencial.

11. ¿Es posible syndicar operaciones de leasing o arrendamiento financiero?

Como sabemos, cualquier operación de financiamiento en la que participa más de un banco o entidad financiera como

lender, prestamista o acreedor se denomina operación sindicada.

Por tanto, para que exista una operación sindicada deben darse por lo menos las siguientes condiciones:

a) El préstamo o crédito debe ser otorgado por más de un banco o entidad financiera a un mismo deudor o deudores.

b) Los términos y condiciones del crédito deben ser únicos para todos los acreedores, es decir, un solo contrato de crédito que contenga el mismo plazo de repago para todos los acreedores, una misma tasa de interés, las mismas obligaciones (de hacer y no hacer) y mismos *covenants* y declaraciones y aseveraciones, etcétera.

c) El desembolso y el repago del préstamo debe ser administrado por un «banco agente», el mismo que normalmente es uno de los bancos o entidades financieras acreedoras y su principal función es «alinear» los intereses de los acreedores del préstamo al preservar el principio de *pro rata y pari passu*.

d) No debe existir subordinación en el pago de préstamo entre ninguno de los acreedores participantes, es decir, todos los acreedores de ese préstamo cobran y tienen derecho preferente o *pro rata y pari passu* con relación a las demás obligaciones del deudor.

e) Cada banco o entidad financiera participante tiene el mismo derecho de voto en el sindicado o asamblea de acreedores que se forme y para la contabilización del voto se toma en cuenta exclusivamente la cantidad de dinero desembolsado por dicho banco o entidad, de tal forma que se

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

vota en función a la tenencia acreedora en el préstamo. La regla es un voto por cada dólar acreedor (o cualquier otra moneda claro está) y nunca un voto por banco.

Teniendo en mente esas condiciones mínimas y atendiendo a las características del leasing o arrendamiento financiero que ya se han mencionado, veamos ahora si es posible o no syndicar una operación de leasing o arrendamiento financiero.

En primer lugar, en el caso que dos bancos o entidades especializadas o autorizadas a llevar adelante operaciones de leasing o arrendamiento financiero aprueben otorgar un financiamiento bajo esta estructura, ostentarán la calidad de coarrendadores pues serán a su vez copropietarios de los bienes que financian bajo el leasing. He ahí uno de los principales temas a analizar.

A diferencia de un financiamiento «ordinario», una estructura de leasing o arrendamiento financiero conlleva necesariamente que el acreedor financiero ostente la propiedad de los bienes que otorga en leasing y, por tanto, en ese sentido, la figura del leasing contiene características que lo hace más complejo que cualquier otro financiamiento.

En principio, no hay problema para que dos o más acreedores financieros -imaginemos un financiamiento de proyectos a través de una estructura de leasing o arrendamiento financiero- sean copropietarios de los bienes que financian. Para ello, se aplicará las normas generales sobre copropiedad que establece el Código Civil.

No obstante, desde el punto de vista estrictamente financiero, tener como copropietarios a dos bancos o entidades financieras en un mismo contrato y compartiendo la propiedad sobre los mismos bienes resulta sumamente complicado por varias razones, entre las que podemos mencionar las siguientes dos:

a) Los pagos que realice el arrendatario se harán evidentemente a favor de los copropietarios y ellos deberán entregar en contrapartida el correspondiente comprobante de pago (factura) con el Impuesto General a las Ventas incluido a nombre del arrendatario, y

«SI NO SE LLEGASE A TERMINAR EL PROYECTO, EL BANCO O ENTIDAD FINANCIERA ACREEDORA MANTENDRÁ LOS BIENES QUE SE HAYAN FINANCIADO HASTA ESE MOMENTO Y PROCEDERÁ INMEDIATAMENTE A VENDERLOS A TERCEROS A FIN DE APLICAR EL RESULTADO DE DICHA VENTA A LA DEUDA ORIGINADA POR EL PRE-LEASING O LEASING DE SER EL CASO».

b) en el caso de resolución del contrato de leasing o arrendamiento financiero.

En el primer caso, resulta bastante claro que no podrá separarse la facturación y discriminar el impuesto que corresponda de tal forma de identificar la parte correspondiente a cada acreedor financiero. En el segundo caso, resulta incierta la forma cómo se distribuirían los bienes en caso que estos no sean únicos y por tanto puedan tener valores de venta distintos.

En adición a ello, hay razones de carácter netamente tributarias que imposibilitan (o en todo caso limitan) -en la práctica- hacer operaciones sindicadas de leasing o arrendamiento financiero. Así, podemos mencionar algunas como las siguientes:

a) De acuerdo a las normas de la Ley del Impuesto a la Renta tienen la condición de

Diego Peschiera Mifflin

«personas jurídicas» y por tanto son contribuyentes del impuesto «las sociedades irregulares (...), 'la comunidad de bienes', joint ventures, consorcios y otros contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes».

Del mismo modo, el último párrafo del artículo 9 de la Ley del Impuesto General a las Ventas dispone que las «comunidades de bienes» son contribuyentes de dicho tributo.

En consecuencia, de acuerdo a las normas tributarias antes mencionadas una «comunidad de bienes», entre las que se encuentra la copropiedad, recibe el tratamiento de una «persona jurídica» para todos los efectos tributarios.

b) En vista que los copropietarios serán considerados por las normas tributarias antes indicadas como personas jurídicas, deben cumplir en consecuencia, con todas las obligaciones que dichas mismas normas le imponen, como por ejemplo: (i) la obligación de llevar contabilidad independiente a la de las partes contratantes salvo que por la naturaleza de la operación no fuera posible⁽⁷⁾, (ii) obtener un número de Registro Único de Contribuyentes (RUC), y (iii) obligación de presentar declaraciones juradas determinando los tributos que sean de su cargo.

Como podrá concluirse, resulta entonces sumamente complicado -mas no imposible- llevar a cabo operaciones de leasing o arrendamiento financiero en forma sindicada. No obstante todo lo dicho, consideramos que hay fórmulas contractuales un poco más creativas y estructuradas que pueden usarse válidamente a fin de lograr la participación de más de un banco o entidad financiera en una operación de leasing o arrendamiento financiero, asimilando los efectos de una operación sindicada sin serlo en estricto.

¿Cómo hacerlo? Pues algunas ideas generales al respecto:

a) En primer lugar se parte de la base de que habrá por lo menos dos (2) bancos o entidades financieras autorizadas por la SBS a llevar a cabo operaciones de leasing o arrendamiento financiero y que cada una de ellas tendrá y suscribirá con el cliente-arrendatario su propio contrato individual de leasing o arrendamiento financiero.

b) Los bancos o entidades financieras autorizadas seleccionarán, en función al monto de su participación dineraria en el financiamiento del proyecto, los bienes cuya adquisición financiarán en forma individual. En esta etapa, resulta importante el acercamiento entre los bancos participantes a fin de «balancear» adecuadamente cada «paquete» de bienes a fin de que este respalde adecuadamente la exposición crediticia comprometida frente a su cliente-arrendatario.

c) Como los bancos o entidades financieras autorizadas están financiando un mismo proyecto, es fundamental que ninguno de los contratos de leasing o arrendamiento financiero contengan provisiones o estipulaciones que puedan privilegiar a un determinado acreedor en perjuicio de algún otro que también participe otorgando financiamiento bajo un contrato de leasing o arrendamiento financiero.

(7) Cabe mencionar que la Ley del Impuesto a la Renta establece algunos casos de excepción en los que se podría exonerar de la obligación de llevar contabilidad independiente, siendo una de ellas el caso en que el contrato no tenga un plazo mayor a tres años. Si bien la norma está pensada para contratos de colaboración empresarial que tienen un plazo de duración, en los casos de «comunidades de bienes» originada por la copropiedad de los bienes del leasing o arrendamiento financiero, podría entonces interpretarse que, si el leasing o arrendamiento financiero dura menos de tres años, no sería necesario que tal comunidad lleve contabilidad independiente a la de sus miembros. En ese caso, «la comunidad de bienes» que no lleva contabilidad independiente no será sujeto del impuesto, sino sus miembros.

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

De esta forma, lo más recomendable siempre será que esos contratos se comporten como una «unidad» y por tanto sean «espejo» entre sí, a fin de minimizar el riesgo de romper el status de *pari passu* que deben tener todos los acreedores en ese financiamiento y que resulta vital para los fines del financiamiento.

d) A fin de ordenar adecuadamente el comportamiento contractual de los bancos o entidades financieras autorizadas en un escenario de incumplimiento o resolución de los contratos de leasing individuales y evitar así que cada acreedor se «dispare» de manera no coordinada, es posible y recomendable que se suscriba un contrato entre los acreedores financieros participantes -con la eventual participación del cliente-arrendatario- que ordene y prevea todos los mecanismos típicamente acreedores que se deban considerar en función al proyecto. Este contrato puede denominarse de diversas formas, pero en la práctica es un contrato netamente «operativo» y, por tanto, bien puede llamársele de esa forma.

Los temas que podrían cubrirse en un contrato operativo como este son, entre otros: tratamiento de comisiones bancarias, mecánica de desembolsos y avances del proyecto, indemnizaciones, ejecución de contratos e incumplimientos cruzados, procedimiento de ejecución y venta de los bienes, diversas declaraciones y obligaciones de hacer o no hacer, etcétera.

Con todo ello, se habrá logrado -posiblemente- todos los efectos de un financiamiento sindicado a través de leasing o arrendamiento financiero.

12. Jurisprudencia sobre el leasing o arrendamiento financiero en relación con la responsabilidad extracontractual del arrendador: limitación para el desarrollo y expansión del leasing como mecanismo de financiamiento de proyectos o de bienes riesgosos

Aun cuando no es materia de este artículo, consideramos que es importante referirnos -en forma general por lo menos- a jurisprudencia que contiene, en nuestra opinión,

limitaciones al desarrollo y expansión de las operaciones de leasing o arrendamiento financiero.

Para situar la discusión, es preciso indicar primero que el artículo 6 de la Ley de Leasing señala literalmente lo siguiente:

«Artículo 6

Los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro.

‘La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien’, desde el momento que lo recibe de la locadora».

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Leasing establece lo siguiente:

«Artículo 23

Para el efecto a que se refiere el ‘segundo párrafo del artículo 6’ de la Ley de arrendamiento financiero, corresponde a la arrendataria asegurar obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra ‘riesgos de responsabilidad civil frente a terceros’».

En virtud de las normas legales antes indicadas, todos los bienes que se financian a partir de operaciones de leasing o arrendamiento financiero deben estar asegurados contra todos los daños que pudiesen ocasionar dichos bienes durante la vigencia del contrato.

Hasta ahí pareciera que el tema es pacífico para el banco o arrendador, pues queda claro en virtud del artículo 6 de la Ley de Leasing antes transcrito que «la arrendataria es responsable del daño que pueda causar

Diego Peschiera Mifflin

el bien» y por tanto el banco arrendador no será responsable por los daños que pudiese causar el bien materia de leasing o arrendamiento financiero.

No obstante, existe jurisprudencia que indica que los alcances de dicho artículo 6 están limitados «solo» a la responsabilidad contractual y, por tanto, el banco o arrendador terminaría siendo responsable de los daños extracontractuales que pudiesen eventualmente ocasionar los bienes materia de leasing o arrendamiento financiero, lo que, como es evidente, origina preocupación en los bancos e instituciones financieras autorizadas a financiar a través del leasing o arrendamiento financiero, pues ese riesgo se incorporará necesariamente en la tasa de interés que se aplique a la operación en particular.

En efecto, la Casación 2388-03-Lima, publicada el 30 de noviembre de 2004 en el Diario Oficial El Peruano señala, citando igualmente a la Casación 3622-2000 (Lima) del 21 de marzo de 2001, que:

«(a) el artículo sexto parte final de la Ley de Arrendamiento Financiero rige a las relaciones internas que se establece entre las partes que suscriben el contrato de arrendamiento financiero,

(b) en consecuencia, sus alcances corresponden a la esfera de las relaciones contractuales y, en materia de responsabilidad civil, únicamente a la responsabilidad contractual,

(c) por tanto, la norma citada no resulta aplicable cuando nos encontramos ante hechos probados que generan responsabilidad extracontractual frente a terceros que no han intervenido en el contrato de leasing, sin perjuicio de que el propietario del vehículo, en virtud del citado artículo sexto, y a lo expresamente pactado en el contrato respectivo, pueda repetir lo pagado contra aquel que está llamado a asumir la responsabilidad contractual, es decir, el arrendatario; siendo que la responsabilidad civil extracontractual del codemandado Banco (...) se regula por las normas del Código Civil (...)».

Por otro lado, la Casación 1032-2004-Lima del 20 de julio de 2005 también contiene elementos similares a la casación

antes indicada y agrega que «el arrendamiento financiero es un contrato mercantil (...) en cuyo texto normativo (...) no aparecen disposiciones jurídicas de orden público, cuya inobservancia esté sancionada expresamente con la nulidad del acto, lo que quiere decir, que por su naturaleza, y atendiendo a su texto normativo, la institución del arrendamiento financiero, permite la adecuación de las normas establecidas a los intereses de las propias partes y de sus actividades económicas».

En adición, y en relación a una cláusula de indemnización que en el caso judicial concreto las partes habían pactado, sostiene la misma resolución de casación, que aquellas, al acordar una cláusula de ese tipo, tendrían responsabilidad solidaria respecto a los daños que ocasione el uso del bien materia de leasing o arrendamiento financiero toda vez que el arrendador tendría el derecho a repetir o reclamar cualquier daño económico que sufra como consecuencia de ostentar la propiedad del bien, lo que -siguiendo el criterio de la casación- originaría que no podría plantearse una errónea interpretación del artículo 6 de la Ley de Leasing, pues las partes habrían ejercitado su derecho a la libertad contractual al pactar una cláusula de indemnización por daños extracontractuales.

Como se podrá apreciar de las resoluciones de casación antes indicadas, la posición jurisprudencial está basada en que el banco o entidad arrendadora, por ser el propietario del bien materia del leasing, resulta responsable por los daños extracontractuales que cause el bien, siguiendo en consecuencia, las normas y categorías civiles al respecto.

El leasing o arrendamiento financiero y el financiamiento de proyectos: potencialidades aun sin explotar en el Perú

Claro está que la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la naturaleza estrictamente financiera del contrato de leasing o arrendamiento financiero al ser una colocación o préstamo para el banco arrendador o entidad (operación activa) y que solo ostenta la propiedad del bien, pues así lo exige la Ley del Leasing y el Reglamento de la Ley del Leasing.

La jurisprudencia se basa en categorías estrictamente civiles según las cuales el arrendador-propietario civil del bien siempre será responsable por los daños causados por el bien y más aun si este es un bien riesgoso.

No cabe duda de que la jurisprudencia referida no ayuda al desarrollo y expansión del leasing o arrendamiento financiero, pues los bancos o entidades tendrán mucho cuidado en el momento de financiar bienes que pudiesen originar daños frente a terceros pues tendrán que asumir riesgos no previstos. El uso de cláusulas de indemnización en los contratos de leasing o arrendamiento financiero ayudará a mitigar esos riesgos pero aun así parecen ser insuficientes.

¿Qué pasaría, por ejemplo, si se decidiese financiar a través de leasing o arrendamiento financiero un bien que potencialmente pudiese causar daños al medio ambiente? Imaginemos a un banco o entidad financiera asumiendo esa responsabilidad, ¿cómo la contabiliza? ¿Es una contingencia que potencialmente podría poner en riesgo el patrimonio del banco o entidad financiera arrendadora? Son algunas de las preguntas que ciertamente no contestaremos en el presente artículo.

13. Sugerencias de cambios a la regulación de leasing o arrendamiento financiero

A raíz de la jurisprudencia antes citada, algunos de los actores que participan en el mercado de leasing o arrendamiento financiero consideran que deben hacerse algunos ajustes a las normas legales que regulan el tema a fin de precisar que el leasing o arrendamiento financiero es un contrato y operación estrictamente de financiamiento y que sus consecuencias contractuales son especiales y por tanto no debiera tener el mismo tratamiento legal de cualquier otro contrato mercantil.

En efecto, entendemos que existe un Proyecto de Ley que sugiere se efectúen los siguientes cambios a la legislación aplicable:

Artículo 1970 del Código Civil. Agregar un segundo párrafo, con lo cual dicha norma tendrá el siguiente texto:

«Artículo 1970
Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, esta obligado a repararlo.

Los daños ocasionados con bienes que se encuentran sujetos a contratos de arrendamiento financiero suscritos con una empresa supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP se rigen por su legislación especial».

Artículo 6 de la Ley de Leasing. Precisar que la responsabilidad de la arrendataria es frente a terceros, con lo cual dicha norma tendrá el siguiente texto:

«Artículo 6
Los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro.

La arrendataria es la responsable frente a terceros por los daños que pueda ocasionar el bien desde el momento que lo recibe de la locadora».

Artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre. Agregar un segundo párrafo, con lo cual dicha norma tendrá el siguiente texto:

Diego Peschiera Mifflin

«Artículo 29

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. En consecuencia, el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte

terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Los daños ocasionados con bienes que se encuentran sujetos a contratos de arrendamiento financiero suscritos con una empresa supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP se rigen por su legislación especial».