
El *interés negocial* como criterio de distribución del riesgo contractual en el derecho romano y su posible utilidad en contratos atípicos como el leasing financiero*

» MARÍA ELISA GAMACHO LÓPEZ**

RESUMEN. El presente artículo pretende dilucidar algunas características del *interés negocial* como criterio para la distribución del riesgo contractual en el derecho romano, a la vez que expone su aplicación actual para resolver controversias relacionadas con el riesgo en el contrato de leasing financiero, tomando como ejemplo una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

* Fecha de recepción: 13 de febrero de 2023. Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2023.

Para citar el artículo: Cámachó López, M. E., “El *interés negocial* como criterio de distribución del riesgo contractual en el derecho romano y su posible utilidad en contratos atípicos como el leasing financiero”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 46, enero-junio, 2024, 187-210. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.46.08>.

** Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Comercial, Bogotá, Colombia; docente investigadora. Doctora en Sistema Jurídico Romanístico y Unificación del Derecho, Universidad de Roma II Tor Vergata, Roma, Italia. Magíster en Sistema Jurídico Romano, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración, Universidad de Roma II Tor Vergata, Roma, Italia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: maria.camacho@uexternado.edu.co Orcid: 0000-0001-5517-6116.

PALABRAS CLAVE: *periculum*, derecho romano, riesgo contractual, *rogatio*, interés negocial, contratos atípicos, contratos innominados, contrato de leasing.

The *Business Interest* as a Criterion for Allocating Contractual Risk in Roman Law and its Possible Usefulness in Unregulated Agreements such as Finance Lease

ABSTRACT. This article aims to elucidate some characteristics of the *business interest* as a criterion for the distribution of contractual risk in Roman law and outlines its current application in resolving risk-related disputes in the finance leasing, using a case of the Supreme Court of Justice of Colombia.

KEYWORDS: *periculum*, roman law, contractual risk, *rogatio*, business interest, innominate contracts, leasing.

SUMARIO. Introducción. I. Fragmentos del Digesto en los que se recurre al *interés negocial* como criterio para definir la distribución de riesgos contractuales. II. Rasgos que caracterizan el *interés negocial* como criterio para distribuir el riesgo de acuerdo con los fragmentos del Digesto analizados. III. El caso particular del leasing financiero en Colombia. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La distribución de los riesgos en los contratos considerados atípicos es un aspecto que genera interrogantes, pues al carecer de una disciplina jurídica propia se debe determinar cuál es la regla aplicable en caso de que las partes contratantes no hayan estipulado algo al respecto. Así las cosas, se hace necesario acudir a los criterios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia para resolver este vacío. Si el contrato goza de tipicidad social¹ es posible recurrir a las fuentes del derecho que se ocupan de ese negocio, como la costumbre y la jurisprudencia, lo que no garantiza que en ellas se encuentre una respuesta al problema concreto del riesgo contractual. Por otra parte, si el contrato no goza de tipicidad social es preciso identificar la clase de contrato atípico del cual se trata; es decir, si es un contrato que no guarda similitud con algún contrato típico, o si guarda alguna similitud, o si está conformado por prestaciones de varios contratos típicos².

1 Cfr. Gete, M., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, 21.

2 *Ibid.*, 22.

De acuerdo con esas clasificaciones se podrá optar por aplicar las normas de otro contrato típico por medio de la analogía; o las del contrato típico del cual proviene la prestación prevalente en el contrato atípico, en virtud de la teoría de la absorción; o bien las normas que regulan las prestaciones que componen el respectivo contrato atípico según la teoría de la combinación³.

Sin embargo, puede ocurrir que ello no sea posible, como cuando se trata de un contrato completamente atípico⁴ o respecto del cual la aplicación de normas que regulan contratos típicos constituiría una desnaturalización de las prestaciones de ese contrato atípico.

Entonces se intentará recurrir a las normas generales previstas en los artículos 1607 c. c. o 929 c. co. del ordenamiento colombiano, si la prestación consiste en la entrega de un cuerpo cierto cuya relación deba someterse a uno u otro código⁵.

No obstante, también puede suceder que no sea posible aplicar tales normas, ya sea porque la prestación involucrada en el contrato atípico no consista en entregar un cuerpo cierto, o porque, aun tratándose de una prestación de esas características, las razones que justifican la aplicación de dichas reglas no se verifiquen en la prestación del contrato atípico, caso en el cual el vacío se mantiene.

Por lo tanto, surge inevitablemente el interrogante de *cómo distribuir los riesgos en los contratos atípicos*.

Como quiera que no es posible dar una única respuesta, teniendo en cuenta la gran variedad de contratos atípicos que existen, podemos plantear una pregunta más sencilla: *¿qué otros criterios, además de los generales previstos en los códigos Civil y de Comercio colombianos, sirven para establecer la distribución de los riesgos en algunos contratos atípicos?*

3 Cfr. Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, 397. Teorías acogidas en varias sentencias, entre ellas: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de mayo de 2014, rad. 5851.

4 En el presente escrito se entiende por *contrato completamente atípico* aquel que no goza de tipicidad social ni legal, y se prefiere emplear tal expresión en lugar de aquella de *contrato innominado* por considerar que esta última alude al reconocimiento o no de un determinado nombre para cierta figura contractual, lo que no implica necesariamente que tenga regulación social. Piénsese, por ejemplo, en el ingreso de contratos provenientes del derecho anglosajón a ordenamientos de tradición romano-germánica que empiezan a emplearse con cierto nombre, siendo, por tanto, *contratos nominados*, pero, en una primera etapa, sin reconocimiento social ni legal. Sin embargo, es preciso aclarar que, para algunos autores, el hecho de que un contrato tenga un nombre reconocido se explica por el hecho de que tiene reconocimiento social y, por tanto, la expresión *contrato innominado* alude a aquel que no goza de reconocimiento social ni legal, mientras que la designación de *contrato atípico* debe restringirse para aquel que carece de reconocimiento legal. En este sentido, cfr. Ortega-Piana, M. A., “Contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, y su relación con las normas legales”, *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, n.º 032, 2001, 97-110, disponible en: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2001.n032.3636> [consultado el 28 de abril de 2021].

5 Cfr. Neme Villarreal, M. L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2008, 59-108, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/529> [consultado el 10 de mayo de 2021].

Pues bien, esta problemática no era ajena al derecho romano, en el que los juristas vislumbraron la posibilidad de que las partes celebraran “convenciones sinalagmáticas o bilaterales, es decir, que tenían por objeto prestaciones recíprocas, que no se podían encuadrar dentro de las cuatro clases de contratos reconocidas por el *ius civile*”⁶.

En efecto, aunque la dificultad principal que planteaba ese tipo de convenciones –cuya calificación de innominadas durante el período clásico del derecho romano ha sido discutida por la doctrina romanista⁷– fuera el tipo de acción por medio de la cual se protegía la prestación satisfecha por una de las partes, el tema del *periculum* también suscitaba preguntas.

De manera general, sobre la distribución de riesgos en los contratos innominados en el derecho romano, Grosso manifiesta que se aplicaba la regla del *casum sentit debitor*, porque el nexo entre la prestación y la contraprestación era tan estrecho e inmediato que justificaba su eficacia obligatoria, lo que presuponía, además del acuerdo entre las partes, la ejecución de una de las prestaciones⁸.

En opinión de Betti, “en los contratos reales innominados el criterio de la interdependencia entre la prestación ejecutada y la respectiva contraprestación se desprende de un sinalagma condicional”⁹, de manera tal que, en el derecho romano clásico, quien ejecuta la prestación anticipada tiene derecho a la repetición siempre que la prestación recíproca no haya sido ejecutada, además de ser en este caso irrelevante la imputabilidad de la inejecución¹⁰. En otras palabras, si la prestación que aún no ha sido ejecutada se vuelve de imposible cumplimiento, quien ejecutó primero su prestación tiene derecho a la repetición. Para demostrar su afirmación el autor cita varios fragmentos, entre ellos D. 12.4.5 pr. y D. 12.4.3.3.

Sin embargo, la regla general identificada por los autores precitados para la distribución de los riesgos en los contratos innominados en el derecho romano no puede ser trasladada al derecho actual, debido a que no todos los contratos atípicos tienen la misma fisonomía de los innominados en el derecho romano.

En cambio, es posible destacar algunos criterios para establecer la forma en que debían distribuirse los riesgos en los contratos innominados en el derecho romano respecto de los cuales puede advertirse cierta actualidad.

6 De Francisci, P., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol. 1, Pavia, Mattei, 1913, 6 (trad. libre).

7 *Ibid.*, 5. En el mismo sentido, cfr. D’Ors, Á., “Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 45, 1975, 595.

8 Cfr. Grosso, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, Giappichelli, 1963, 17, nota 62.

9 Cfr. Betti, E., “*Periculum*: problemi del rischio contrattuale in diritto romano, classico e giustiniano”, *Jus*, n.º 3, 1954, 378, disponible en: https://jus.vitaepensiero.it/scheda-articolo_digital/emilio-betti/periculum-problemi-del-rischio-contrattuale-in-diritto-romano-classico-e-giustiniano-004084_1954_0003_0333-348425.html [consultado el 23 de noviembre de 2021] (trad. libre).

10 *Ibid.*, 379.

Nos referimos al criterio empleado por algunos juristas romanos para decidir la distribución del riesgo contractual según la parte que hubiere tenido la iniciativa negocial¹¹, el cual era usado aparentemente con mayor frecuencia en los contratos innominados¹².

Por lo tanto, con la presente contribución se busca analizar en qué consistía el criterio del interés negocial para distribuir los riesgos contractuales en el derecho romano y su posible aplicación actual al contrato de leasing financiero.

Con ese objeto se hará un análisis exegético de algunas fuentes del derecho romano en las que se trata sobre este criterio de distribución del riesgo contractual, con miras a identificar si existen algunos parámetros o condiciones para su aplicación, la clase de contratos en la que se empleaba, las razones por las cuales se utilizaba y sus respectivas consecuencias.

Por otra parte, con relación al derecho actual, se presentará el estudio de una decisión jurisprudencial en la que parece haberse adoptado este criterio para justificar y confirmar la aplicación de una cláusula contractual en la que se determinaba la parte que asumía el riesgo contractual en un leasing financiero.

La utilidad de esta investigación radica en que, además de permitirnos presentar algunas de las formas en que se resolvía el tema de la distribución de riesgos contractuales en el derecho romano, enriquece los criterios conocidos para solucionar las controversias relacionadas con esta materia en el derecho vigente.

I. Fragmentos del Digesto en los que se recurre al *interés negocial* como criterio para definir la distribución de riesgos contractuales

A. El caso de las *perlas estimadas* en D. 19.5.17.1 de Ulpiano en el libro XXVIII de los comentarios al edicto

El primer fragmento que se analizará, de manera somera, reza:

D. 19.5.17.1: Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XXVIII*. Si yo te hubiere dado apreciadas unas perlas, para que ó me devuelvas las mismas, ó el precio de ellas,

11 Cfr. Cardilli, R., “Imprevisión y riesgos contractuales en el sistema jurídico romanista”, en Esborraz, D. F. (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, Roma, Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani-Università di Roma Tor Vergata-CNR, 2006, 349.

12 Conviene destacar que este criterio del interés negocial ha inspirado una de las excepciones a la regla general de distribución del riesgo en las obligaciones con prestación de dar, prevista en el numeral 3.º del artículo 19 del Código Marco de las Obligaciones para América Latina redactado por el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina gadal. Cfr. Sacco, A. y Cacace, S. (eds.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano* [en línea], t. I, Torino-Valencia, Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, 2020, 433, disponible en: <https://gadal.uexternado.edu.co/codigo-marco/version-castellana/> [consultado el 18 de mayo de 2023].

y después se hubieren perdido antes de venderlas, ¿de quién será la pérdida? Y dice Labeón, lo que también escribió Pomponio, que si verdaderamente yo como vendedor te hice el ruego, la pérdida es mía, que si tú á mi, es tuya, y que si ninguno de nosotros hicimos el ruego, sino que solamente consentimos, te obligas únicamente á responderme del dolo y de la culpa. Pero la acción por esta causa será ciertamente la de *praescriptis verbis*¹³.

Este paso se encuentra ubicado en el libro XXVIII de los Comentarios al Edicto de Ulpiano, jurisconsulto que vivió entre finales del siglo II y principios del siglo III d.C., bajo el imperio de los Severos, lo que permite ubicarlo dentro de la llamada jurisprudencia clásica¹⁴.

Una de las características que suelen destacarse de los juristas que pertenecieron a ese período es que produjeron una jurisprudencia de *honoratiores*, en la medida en que era común que recurrieran a la opinión dada por otros juristas para confirmar o reforzar la propia; es decir, que procedían, no mediante la fuerza del razonamiento sino de la *auctoritas*¹⁵. Por esa razón, no es de extrañar que en este fragmento Ulpiano haga referencia a la postura asumida por Labeón y Pomponio con relación a uno de los problemas planteados, aunque sin indicar las obras en las cuales estos dos juristas plasmaron sus opiniones.

En cuanto a Labeón, cabe destacar que vivió a finales del siglo I a.C. y principios del siglo I d.C. Ampliamente conocido como fundador de la escuela *proculeyana*, a pesar de que no lleve su nombre, tal como lo mencionara Pomponio en su *Enchiridion*¹⁶. Por su parte, Pomponio también fue un jurista del período clásico, que vivió durante el siglo II d.C.

El caso que da lugar a este fragmento es el de una persona que le entrega a otra unas perlas cuyo valor ha sido previamente tasado, con el objetivo de que esta segunda persona le restituya a aquella las mismas perlas o su precio. Sin embargo, después de la entrega de las perlas, y antes de que sean vendidas por quien las recibió, estas se pierden; por lo tanto, se pregunta, en primer lugar: ¿sobre quién recae el riesgo y peligro por la pérdida de las perlas?

Ante esta primera pregunta, Ulpiano manifiesta que según Labeón y Pomponio, si la persona que entregó las perlas, a quien identifica como *vendedor*, es quien pide que se lleve a cabo el negocio, entonces esa persona es quien debe asumir el riesgo por la pérdida.

Por el contrario, si quien pidió que se llevara a cabo el negocio fue la otra parte, es decir, quien recibió las perlas y debe pagar su precio o restituirlas, el *periculum* recae sobre ella y deberá cumplir su prestación a pesar de la pérdida.

13 Texto tomado de la traducción castellana del Digesto de García del Corral.

14 Schulz, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968, 181.

15 *Ibid.*, 222-223.

16 *Ibid.*, 214.

Si ninguna de las dos partes pidió a la otra la celebración del negocio, sino que solo se produjo el acuerdo, entonces quien recibió las perlas solo deberá responder a título de dolo o de culpa.

Luego, en la última parte del fragmento, Ulpiano plantea un segundo problema que tiene que ver con la naturaleza de la acción que corresponde en este caso, ante lo cual sostiene que se trata de una *actio praescriptis verbis*.

Este fragmento ha dado lugar a una controversia que se mantiene hoy día con relación a la identificación del negocio celebrado, pues para algunos autores se trata de un contrato estimatorio –*aestimatum*–¹⁷, para otros es una *datio ad inspiciendum*¹⁸ y hay quienes prefieren calificarlo como una venta a la que se le ha agregado un “*pactum displicentiae*”¹⁹.

Son varias las razones que se pueden esgrimir a favor de una y otra postura.

A favor de la posición de quienes consideran que el negocio descrito en D. 19.5.17.1 es un contrato estimatorio se encuentra la descripción de las perlas como “valoradas”²⁰, pues esta es una de las características del contrato estimatorio según autores como Burdese, quien destaca que en virtud de este negocio se da a otro una cosa que ha sido previamente tasada²¹.

Asimismo, el hecho de que en el fragmento se plasmen de manera explícita las dos opciones que pueden darse después de la entrega de las perlas, esto es, su devolución o el pago de su precio, atañe al contrato estimatorio, de acuerdo con lo mencionado por Sciandrello²².

Sin embargo, lo que conduce a dudar de que sea realmente un contrato estimatorio es que, al momento de responder el primer problema planteado, Ulpiano utiliza la expresión de vendedor –*dans*– para referirse a la persona que hace la

17 Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, t. I, Torino, Giappichelli, 1992, 199. Por su parte, aunque MacCormack, G., “VII. *Periculum*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 96, n.º 1, 1979, 129-172, disponible en: <https://doi.org/10.7767/zrgra.1979.96.1.129> [consultado el 10 de mayo de 2021], no se manifiesta expresamente en este sentido, se infiere de lo expuesto.

18 Cfr. Santoro, R., “Il contratto nel pensiero di Labeone”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, n.º 27, 1983, citado por Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 198.

19 Cfr. Fiori, R., “*Contrahere* in Labeone”, en Chevreau, E.; Kremer, D. y Laquerrière-Lacroix, A. (coords.), *Carmina Iuris. Mélanges en l’honneur de Michel Humbert*, Paris, De Boccard, 2012, 321, quien no comparte la idea de que el negocio del fragmento sea atípico, y por ello sostiene que “*una vendita condizionata, per quanto inefficace, non trasforma il rapporto in una convenzione atipica*”.

20 Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 200.

21 Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, 4.ª ed., Torino, Utet, 1993, 484.

22 Sciandrello, E., “‘*Nomen contractus*’ e ‘nuovi contratti’. *L’agere praescriptis verbis* labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale”, *Diritto@Storia*, n.º 12, 2014, 4, disponible en: <http://www.dirittoestoria.it/12/memorie/Sciandrello-Nomen-contractus-nuovi-contratti-agere-praescriptis-verbis-Labeone.htm> [consultado el 10 de diciembre de 2021].

entrega de las perlas, de lo que se infiere que el negocio celebrado es una entrega a prueba²³.

En opinión de Gallo, esto encuentra explicación en que para la época de Labeón aún no estaba prevista en el edicto del pretor una acción para tutelar a las partes del contrato estimatorio, es decir, no era un contrato típico, por lo que se debía reconducir esta figura a otras ya conocidas para su protección, como, en este caso, al contrato de compraventa²⁴.

Por su parte, Santoro, quien se pronuncia a favor de entender el contrato como una venta a prueba, considera que las perlas valoradas son entregadas no para que sean vendidas por quien las recibe (*accipiens*), sino en vista de su adquisición en caso de que resulten de su agrado²⁵.

En contra de esta orientación, Gallo manifiesta que en algunos fragmentos, como D. 13.6.10.2 y D. 19.5.17.2, la *datio ad inspiciendum* implica más que todo el caso de una parte que entrega a otra una cosa para que establezca el valor y después de esto decida si la conserva para sí pagando el precio o la restituye²⁶.

Y el mismo autor considera, asimismo, en contra de quienes opinan que se trata de una entrega a prueba, que no se menciona justamente el elemento de la prueba o agrado de parte de quien recibe la cosa, siendo este el elemento característico de ese tipo de venta²⁷.

Por último, manifiesta Gallo que la distribución del riesgo contractual, tal como aparece formulada en D. 19.5.17.1, se adapta mejor al contrato estimatorio que a una compraventa a prueba, pues cualquiera de las dos partes puede tener interés en la celebración del negocio, de manera que, si resulta posible identificar aquella que tuvo dicho interés, el *periculum* tendrá que ser asumido por esta. En cambio, ese criterio para la distribución del riesgo no parece aplicable a la entrega a prueba, entre otras cosas, según lo plasmado en D. 19.5.17.2, por cuanto en este caso quien recibe la cosa solo responde por el dolo o la culpa, pero no por el *periculum*, con independencia de que la venta haya sido celebrada en interés del *accipiens* o de ambas partes²⁸.

Sciandrello suma un ulterior razonamiento a favor de la postura que ve en el contrato descrito en el fragmento examinado una entrega a prueba, y es que los

23 Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 198.

24 *Ibid.*, 200-201.

25 Cfr. Santoro, R., “Il contratto nel pensiero di Labeone”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, n.º 27, 1983, citado por Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 198, nota 96.

26 Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 198.

27 *Ibid.*, 198-199.

28 *Ibid.*, 199, nota 99.

fragmentos posteriores están relacionados con ese negocio, aunque no se aluda a una preventiva estimación de la cosa entregada²⁹.

En mi opinión, aunque intuitivamente se pueda estar tentado a seguir la orientación de quienes arguyen que el contrato en cuestión era el estimatorio, lo cierto es que hay un problema más delicado aún, a saber, la aparente contradicción entre D. 19.5.17.1 y D. 19.3.1.1.

En efecto, en este último fragmento, cuya autoría también es atribuida a Ulpiano, el jurista manifiesta que en el contrato estimatorio –al que, a partir de entonces, se le reconoce en el edicto la acción estimatoria, que inicia describiendo la relación *aestimatoriam praescriptis verbis actionem*, con el fin de eliminar las discusiones que se presentaban con relación a la acción que se debía ejercer [D. 19.3.1 pr.]– el riesgo y el peligro gravan sobre quien recibe la cosa, es decir, sobre el *accipiens*, en virtud de la tasación anticipada de ella.

Entonces, dice Sciandrello que la atribución del riesgo en cabeza de quien recibe la cosa será el elemento que permitirá identificar el contrato estimatorio, en la medida en que ese *accipiens* tiene la ventaja de obtener un mayor valor de la cosa previamente valorada, lo que resulta coherente frente a la regla de distribución del *periculum* creada para los casos en los que se entrega una cosa en esas condiciones³⁰.

Es por ello que, en opinión del mismo Sciandrello, el hecho de que la solución al primer problema planteado en D. 19.5.17.1 no siga la regla que ya existía en D. 19.3.1.1 para el contrato estimatorio conduce a pensar que el negocio celebrado en el primer caso no era en realidad un contrato estimatorio³¹.

En otras palabras, no tendría sentido que Ulpiano, conociendo esta regla prevista para el contrato estimatorio, hubiese retomado la opinión de Labeón y Pomponio recogida en D. 19.5.17.1.

Algunos autores, como Alemán, sostienen que la contradicción entre D. 19.5.17.1 y D. 19.3.1.1 es solo aparente. En sus palabras:

Centrándonos en D. 19.3.1.1, y partiendo de la interpolación del fragmento, sostenemos que a pesar de la utilización del término *periculum*, el texto no se ocupa de un problema de riesgo contractual. Por supuesto, no puede tratarse de la pérdida fortuita de la cosa con anterioridad a la venta, ya que sería del todo incomprensible, que se estableciese la obligación de restituirla, pues si ésta hubiese perecido ¿cómo podría venir obligado a devolverla?, sólo se podría afirmar el *periculum*

29 Schiandrello, E., “‘*Nomen contractus*’ e ‘*nuovi contratti*’, cit., 15.

30 *Ibid.*, 13.

31 *Ibid.*, 10.

para el *accipiens* cuando, a pesar de no haberse realizado la venta y habiéndose perdido [*sic*] fortuitamente la cosa, éste viniese obligado al pago de la *aestimatio*³².

A lo que agrega:

Ahora podemos conciliar los textos, llegando a la siguiente conclusión: primero, el *accipiens* viene obligado a pagar la *aestimatio* siempre que haya vendido la cosa, pero si no ha podido venderla, viene obligado a restituirla; del incumplimiento de estas obligaciones se derivará su responsabilidad (D. 19.3.1.1), que será determinada, en la generalidad de los casos, con arreglo al criterio de la culpa (D. 19.5.17.1).

Y, segundo, que el riesgo será asumido por el *accipiens* o el *tradens* en función de quien haya tomado la iniciativa en el negocio; así, si fue del *accipiens*, éste vendría obligado a restituir la cosa, o, a pagar el precio de la *aestimatio* aunque no la haya vendido, mientras que si fue del *tradens*, la asunción del *periculum* se traduciría en soportar la pérdida de la cosa sin el pago del precio estimado (D. 19.5.17.1; PS. 2.4.4)³³.

Para MacCormack, tampoco habría contradicción entre ambos textos, porque D. 19.3.1.1 “probablemente no se refiere al contrato innominado de *aestimatum*”³⁴.

En definitiva, el tema sobre la naturaleza del contrato contenido en D. 19.5.17.1 y su contradicción con D. 19.3.1.1 es bastante complejo en la doctrina. En lo que, en cambio, parecen estar de acuerdo la mayoría de los autores, es en que en D. 19.5.17.1 se plantea realmente una regla sobre la distribución del riesgo que depende de quién tenga interés en la celebración del negocio³⁵.

32 Alemán, A., “Sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatum*”, en García, J. (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 7, Burgos, BOE, 2001, 64, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUR-2021-70218902198 [consultado el 10 de diciembre de 2021].

33 *Ibid.*, 64.

34 MacCormack, G., “VII. *Periculum*”, cit., 165.

35 Así lo manifiestan Biscotti, B., “Sopravvenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico”, en R. A. Rodríguez (coord.), *La interpretación del negocio jurídico: desde la Antigüedad hasta hoy*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Repositorio, 2017, 22, nota 65, disponible en: <https://boa.unimib.it/retrieve/e39773b3-e95b-35a3-e053-3a05fe0aac26/Biscotti-Madrid%20Definitivo.pdf> [consultado el 10 de diciembre de 2021]; Neme Villarreal, M. L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, cit., 64; Schiandrello, E., “‘*Nomen contractus*’ e ‘*nuovi contratti*’”, cit., 10; Cfr. Cardilli, R., “Imprevisión y riesgos contractuales en el sistema jurídico romanista”, cit., 349; Alemán, A., “Sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatum*”, cit., p. 65; Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 199; MacCormack, G., “VII. *Periculum*”, cit., 164.

Ahora, de la manera en que está redactado el fragmento se podría pensar que el riesgo recae sobre la parte que tuvo la iniciativa en la celebración del negocio, lo que se infiere a partir de la expresión “*rogatio*”, por lo que es preciso individuar los rasgos que permiten delinear aquello que se entiende por iniciativa negocial.

Así, por ejemplo, para Gallo. “[l]a *rogatio* de una parte a otra, asumida como criterio para la atribución del riesgo, no alude a la mera solicitud o iniciativa para la conclusión del contrato (en definitiva, a la propuesta inherente a la estructura contractual), sino a un indicio sobre el interés subyacente”³⁶.

Es decir, más que de iniciativa, estaríamos hablando del interés negocial, aunque por lo general coincide que quien tiene el interés en la celebración del negocio sea quien asume la iniciativa.

En efecto, el autor explica que cualquiera de las dos partes en el contrato estimatorio podría tener interés en la celebración del contrato. En el caso de quien entrega la cosa, su interés puede estar en obtener el valor de esa cosa cuya posesión ya no le interesa, este es el beneficio que pretende obtener con la celebración del contrato; mientras que el interés del *accipiens* puede consistir en obtener el mayor valor de una cosa que, sabe, puede vender.

De otra parte, Biscotti considera que la iniciativa negocial, como criterio de distribución del riesgo contractual, no se refiere solamente al mayor interés que pueda tener una de las partes en la celebración del negocio, sino también al hecho de que una de las partes conozca claramente las vicisitudes relacionadas con el perfeccionamiento del acuerdo, y por lo tanto, sea quien dicte las condiciones de dicho acuerdo –*legem dicit*–, según los términos queridos por ella³⁷.

Sin embargo, es preciso advertir que la deducción hecha por la autora parece estar basada principalmente en otro fragmento, esto es, D. 18.1.69^[38], pues en este el jurista hace una descripción detallada de las condiciones en que fue celebrado el negocio jurídico que dio lugar a la controversia, aspecto que no solo estaba dirigido, en palabras de Biscotti, a la definición exacta de la prestación del contrato, sino también al interés de atribuir tales términos contractuales a un sujeto que los enuncia en un primer momento, lo que permite individuar la parte a la

36 Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 199 (trad. libre).

37 Biscotti, B., “Sopravvenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico”, cit., 22.

38 Este fragmento reza: “El mismo [Próculo]; *Epistolas, libro XI*.- Rutilia Pola, compró un lago Sabateneuse, que formaba ángulos, y diez pies alrededor del lago; pregunto, ¿si acaso también los diez pies, que entonces se agregaron, estuvieran debajo del agua, porque creció el lago, serían del derecho de Rutilia Pola los diez pies próximos al agua? Próculo respondió: opino, que se vendió el lago, que compró Rutilia Pola, solamente como estuvo entonces, y los diez pies á su alrededor que entonces hubo; y que por el motivo de que después creció el lago, no debe poseerlo de más extensión que lo compró”. Texto tomado de la traducción castellana del Digesto de García del Corral.

cual reconducir la iniciativa contractual prevalente y, de esta manera, establecer la parte sobre la que recae el *periculum*³⁹.

En otras palabras, la autora se refiere a la persona que haya tenido el rol de *dominus negotii*⁴⁰.

No obstante, a pesar de que considera plausible esta relación entre la descripción de los términos del negocio en el fragmento D. 18.1.69 y la identificación del *dominus negotii* llamado a soportar el riesgo contractual, llega a la conclusión de que en este caso Próculo, el jurista al que se le atribuye la autoría del fragmento, no asigna un rol negocial dominante a Rutilia.

Esta característica adicional de la iniciativa negocial en términos de quién haya fijado el contenido negocial resulta muy interesante, aunque no parece evidenciarse en el paso aquí analizado, es decir, en D. 19.5.17.1.

Por el momento queda claro que para algunos contratos respecto de los cuales aún no se reconocía una acción típica en el edicto del pretor (si el caso plasmado era un contrato estimatorio), o negocios que se separaban en cierta medida de su contenido normal, por ejemplo, a través de pactos adicionales (como en la entrega a prueba), los juristas se distanciaban de las reglas tradicionales de distribución del riesgo fijadas de acuerdo con los contratos que gozaban de sus propias acciones, para acudir a algunos criterios, como el de la iniciativa negocial, o mejor, el interés negocial, con el objeto de poder establecer la parte que debía soportar el riesgo contractual con el fin de restablecer el *sinallagma*.

Pasemos ahora a examinar el otro fragmento en el que también se puede dilucidar el empleo de este criterio, tal como lo destaca Cardilli⁴¹.

B. El caso del mutuo que no se alcanza a perfeccionar en D. 12.1.11 pr.

Este segundo fragmento también es de la autoría de Ulpiano, y ha sido tomado según el título del libro XXVI de los comentarios al edicto. Su contenido es el siguiente:

D. 12.1.11 pr.: El mismo [Ulpiano]; *Comentarios al Edicto, libro XXVI*.- Me rogaste que te prestase dinero, y yo, no teniéndolo, te di un plato, ó un lingote de oro, para que lo vendieras, y utilizaras su importe; si lo hubieres vendido, opino que el dinero llegó á ser dado en mutuo. Pero si sin culpa tuya hubieres perdido el plato, ó el lingote, antes que lo vendieses, se duda si se habrá perdido para mí, ó para tí. A mí me parece muy verdadera la distinción de Nerva, que opina, que hay mucha diferencia en si tuve, ó no, destinado á la venta este plato ó lingote, porque si lo tuve destinado á la venta, se habrá perdido para mí, del mismo modo

39 Biscotti, B., “Sopravvenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico”, cit., 21.

40 *Ibid.*, 21.

41 Cardilli, R., “Imprevisión y riesgos contractuales en el sistema jurídico romanista”, cit., 349.

que si se lo hubiese dado á otro para venderlo; pero que si no tuve este propósito de venderlo, sino que la causa de venderlo fué esta, que tú te utilizaras del precio, se perdió para tí, y mayormente si te presté sin interés⁴².

El caso planteado en este fragmento es el de una persona que pide a otra una suma de dinero en préstamo. No obstante, como la parte que recibe la solicitud no tiene dinero, decide entregarle un plato o una masa de oro a la otra parte, con el fin de que los venda y haga uso de lo obtenido. Ulpiano considera que si la persona que recibe alguno de estos dos objetos logra venderlos, se configura un contrato de mutuo de dinero.

Según Burdese, algunos juristas clásicos aprobaban la posibilidad de que la *datio* del contrato de mutuo se cumpliera mediante la entrega de una cosa con el acuerdo de que fuera vendida y el precio retenido a título de mutuo⁴³.

Por su parte, De Francisci nos aclara que “[e]n sentido contrario se expresa Africano, el cual refiere la opinión de Juliano en D. 17.1.34 pr. en donde niega claramente que en aquella combinación se tenga un mutuo”⁴⁴.

Luego, el jurista Severiano se plantea el problema relativo a *quién debe asumir el riesgo del contrato en caso de que las cosas entregadas se pierdan sin culpa de quien las recibió antes de venderlas*.

Para responder al interrogante planteado, Ulpiano retoma la opinión de Nerva, quien, recordemos, también fue un jurista de la época clásica, identificado por Pomponio, en el *Enquiridion*, dentro de la escuela de los *proculyanos*⁴⁵. Según la descripción que hace Ulpiano de la opinión de Nerva, para resolver este problema es preciso distinguir si quien entregó los dos objetos, es decir, el plato o la masa de oro, los tenía para su venta o no, pues en el primer caso, esto es, si los ofrecía para su venta, es esta parte la que debe asumir la pérdida de la cosa, incluso a pesar de que en últimas lo recaudado fuese a beneficiar a la otra parte, quien además tuvo la iniciativa negocial (*rogatio*)⁴⁶. En cambio, si no los tenía para su venta, el *periculum* debe ser soportado por quien recibió las cosas, sobre todo si fue un préstamo sin intereses.

De la lectura de este fragmento se desprenden varios argumentos que nos ayudan a comprender de mejor manera el uso del *interés negocial* como criterio para la distribución de los riesgos en el derecho romano.

En primer lugar, surge la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la relación celebrada, pues nótese cómo, aunque en apariencia estamos ante un contrato típico,

42 Texto tomado de la traducción castellana del Digesto de García del Corral.

43 Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, cit., 427. En igual sentido Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, 542.

44 De Francisci, P., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, cit., 312 (trad. libre).

45 Schulz, F., *Storia della giurisprudenza romana*, 214.

46 Schiandrello, E., “*Nomen contractus*’ e ‘*nuovi contratti*’”, cit., 6.

ya que Ulpiano manifiesta que se trata de un contrato de mutuo, en realidad la pregunta que se formula el jurista sobre la distribución del riesgo se refiere al caso en que el contrato mutuo no se llegue a celebrar como consecuencia de la pérdida de la cosa entregada antes de su venta.

Este es un aspecto que se evidencia en varios fragmentos que tratan sobre la distribución del riesgo negocial, pues se aprecia cómo los juristas, conscientes de que el *iter* contractual correspondiente a los contratos reconocidos no se llega a completar, ya sea porque no se cumple una condición a la que estaba sometido el contrato, o porque se produce la pérdida del objeto sobre el cual recaía la prestación, consideran necesario separarse de las reglas de distribución del riesgo de los contratos típicos que habrían tenido lugar en caso de que estas situaciones no se produjeran y atender otros criterios, como, en este caso, el interés negocial.

Por esa razón, a juicio de Sciandrello, se puede inferir del fragmento que para el jurista el caso planteado involucra un contrato diferente de los típicos por cuanto se separa de las reglas existentes para la distribución del riesgo⁴⁷. En igual sentido, Cardilli considera que este fragmento de Nerva “se muestra perfectamente coherente con la regla labeoniana en materia de contratos ‘innominados’”⁴⁸.

Ahora bien, con relación a la distribución del riesgo, en opinión de Sciandrello, lo que hace Ulpiano en este fragmento es tratar de identificar el contrato con el que guarda mayor similitud, para aplicarle la regla que corresponde sobre el *periculum*. Si quien entrega la cosa tiene interés en su venta, considera que se acerca mayormente al contrato de mandato, por lo que es el mandante quien debe soportar el riesgo contractual; en cambio, cuando quien entrega la cosa no tiene ningún interés en su venta, sino que su entrega se produce solo para satisfacer el interés de quien hizo la solicitud, no pudiéndose calificar como mandato, es preciso reconducir el contrato dentro de la figura del mutuo y, por tanto, atribuir el riesgo al mutuario, es decir, a quien recibió la cosa⁴⁹.

En este sentido son muy interesantes las palabras de Sciandrello, por su relación con el derecho actual:

Desde este punto de vista, las soluciones individuadas por Labeón [refiriéndose a D. 19.5.19 pr.] y por Nerva corresponden a las alternativas interpretativas adoptadas por el jurista moderno frente a figuras concretas que presentan una combinación de elementos atribuibles a dos o más contratos típicos, sin llegar a integrar completamente alguno de estos. En particular, la hipótesis prevista en D. 19.5.19 pr. (y en D. 12.1.11 pr.) hoy podría ser encuadrada dentro de la categoría del *contrato mixto*, creada por la ciencia civil italiana con el fin de garantizar un soporte normativo para la disciplina de los contenidos negociales establecidos por

47 *Ibid.*, 6.

48 Cardilli, R., “Imprevisión y riesgos contractuales en el sistema jurídico romanista”, cit., 350.

49 Schiandrello, E., “‘*Nomen contractus*’ e ‘*nuovi contratti*’”, cit., 6.

las partes y superar de esa manera las dificultades que plantea la desviación de los tipos contractuales. *Esto implica que se proceda descomponiendo la respectiva figura contractual en los particulares elementos atribuibles a los diversos modelos de referencia y verificando si para cada uno de ellos es posible aplicar la relativa disciplina (legal) o si, en cambio, es más oportuno absorberla en uno que se juzga como prevalente.* (Cursiva fuera de texto)⁵⁰.

De todas maneras, Sciandrello también aclara cómo las reglas de distribución del riesgo para los casos típicos de mandato y de mutuo reflejan la regla general de la “*res perit domino*”, por lo que considera que en este fragmento la valoración sobre la existencia o no del interés de parte del *dans* también estaba ligada al juicio sobre los efectos de la dación hecha por este último, que solo en un caso (aquel más cercano al mutuo) se consideraba traslativa de la propiedad⁵¹.

Por último, también es interesante observar cómo en este fragmento la elucidación de quién goza del *interés negocial* no coincide necesariamente con la de quién tiene la iniciativa negocial –*rogatio*–, pues, como se dijo antes, aunque es el *accipiens* quien provoca toda la operación económica, es posible que el *dans* tuviera, anticipadamente, interés en vender las cosas que le ofrece.

Surge entonces un interrogante sobre el uso que en este caso se hace del interés negocial como criterio para distribuir el riesgo contractual, cual es el de si los juristas romanos lo tomaban realmente de esta manera o, más bien, como criterio para identificar el contrato con el que esa operación atípica tenía mayor similitud, para aplicarle entonces los criterios de distribución del riesgo de esa figura típica. A favor de esta última interpretación se podría mencionar D. 19.5.17.2.

Además de los fragmentos que se acaban de analizar, es posible encontrar otros en los que, a juicio de algunos autores, se recurre al criterio del interés negocial para distribuir el riesgo contractual.

Por ejemplo, para D’Ors, “[e]n otros textos, esta distinción de la iniciativa contractual como determinante del riesgo se nos presenta sin relación con una compraventa. Así en las entregas *ad inspiciendum* con un fin que no es directamente de venta, sino, por ejemplo, de tasación, como vemos en Ulp. 29 Sab.: D. 13.6.10.1”⁵².

Presentamos hasta aquí las generalidades sobre la aplicación del interés negocial como criterio de distribución del riesgo, especialmente en algunos contratos innominados en el derecho romano. A continuación, pasamos a exponer los que consideramos pueden ser los rasgos que caracterizan dicho criterio según los fragmentos analizados.

50 *Ibid.*, 6 (trad. libre).

51 *Ibid.*, 19.

52 D’Ors, Á., “Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano”, cit., 600.

II. Rasgos que caracterizan el *interés negocial* como criterio para distribuir el riesgo de acuerdo con los fragmentos del Digesto analizados

A partir de los fragmentos anteriores podemos esbozar algunos de los rasgos característicos que, a nuestro juicio, se identifican en la aplicación del *interés negocial* como criterio para establecer la parte que debe soportar el riesgo contractual.

En primer lugar, es posible sostener que se trataba de un criterio aplicable no solamente a los contratos *innominados*, sino también a otras relaciones jurídicas en las que un contrato típico no llegaba a configurarse de manera plena, siendo entonces necesario resolver el problema de la distribución del riesgo con fundamento en criterios que se apartaban de las reglas reconocidas para dichos contratos.

De otra parte, se pudo observar cómo, aunque por lo general se alude a la *iniciativa negocial*, lo que realmente es determinante a la hora de recurrir a este criterio es la individuación de la parte que tiene un mayor interés en la celebración del negocio; aspecto que se podía inferir a partir de diferentes indicios como, por ejemplo, ahí sí, quién hubiere tenido la iniciativa en la celebración del negocio, como también en la disposición previa de los bienes para su comercialización.

Por último, en cuanto a la posibilidad de que el interés negocial también dependiera de la parte que hubiere dictado las reglas del negocio, como lo sostiene Biscotti, aunque de los fragmentos examinados no encontramos ningún indicio de que así fuera, es muy probable que esa situación también haya permitido identificar la parte que tenía el interés negocial.

Pasamos ahora a ejemplificar la aplicación de este criterio de distribución del riesgo en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el contrato de leasing financiero, para efectos de lo cual se empezará por exponer el contexto de este contrato y las problemáticas que plantea el *periculum* en el mismo.

III. El caso particular del leasing financiero en Colombia

Para ejemplificar las dificultades que pueden encontrarse a la hora de establecer la parte que debe soportar el riesgo contractual en algunos contratos atípicos en el derecho actual, se recurre al contrato de leasing financiero.

En primer lugar, porque existen algunos antecedentes jurisprudenciales sobre el tratamiento de este tema en el derecho colombiano, lo que nos permitirá vislumbrar las diferentes posturas que existen sobre el tema; diversidad que también resulta muy interesante en este contrato.

Cabe aclarar, además, que la distribución del riesgo contractual en este contrato genera inquietudes, y no solo en el derecho colombiano, sino también en otras experiencias jurídicas, como la mexicana o la chilena⁵³.

53 Tal como lo plantean Tovar, L., *El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano*.

Lo primero que debe advertirse es que la sola catalogación del leasing financiero como un contrato atípico en Colombia no es pacífica. Para algunos autores, como Arrubla, se trata de un contrato atípico⁵⁴, postura que también ha sido la predominante en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que sostuvo en su oportunidad que “es menester considerar [...] que el leasing es un negocio jurídico atípico”⁵⁵.

Por el contrario, para Baena, “las normas del Decreto Reglamentario 913 de 1993, actualmente incorporadas en el Decreto 2555 de 2010, constituyen [...] el estatuto regulador del leasing financiero en Colombia, y entonces, y por ese hecho, no cabe duda de que se trata de un negocio jurídico típico”⁵⁶.

La opinión del autor se basa en la teoría de los estatutos especiales que rige para todo el sistema financiero colombiano, en virtud de la cual “las entidades sometidas al control y vigilancia de la hoy Superintendencia Financiera de Colombia son empresarios mercantiles sujetos preferentemente al régimen particular previsto para ellas en el Estatuto Orgánico de Sistema Financiero y, en su defecto, en el Código de Comercio, por lo que al haber unas normas previstas expresamente para esas entidades se colige como consecuencia que su actividad está regulada”⁵⁷. Sin embargo, el autor también reconoce las deficiencias en dicha regulación⁵⁸.

Al margen de esta discusión, lo cierto es que, en caso de adoptar la calificación del contrato como atípico, podríamos conjeturar que en la práctica negocial colombiana, por lo general, este negocio no está desprovisto de una disciplina, pues las únicas personas autorizadas en Colombia para ofrecer el servicio de leasing son algunos establecimientos de crédito, entre ellos las compañías de financiamiento comercial y los establecimientos bancarios⁵⁹, quienes predisponen el contenido

Una opción para el desarrollo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 71, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9836> [consultado el 10 de diciembre de 2021]; Rivera, M. E., “Algunos aspectos de la contratación comercial moderna: teoría de los riesgos en el contrato de leasing financiero mobiliario”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, n.º 19, 1998, 173-191, disponible en: <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/408/381> [consultado el 10 de diciembre de 2021].

54 Arrubla, J. A., “Contrato de leasing”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 87-88, 242, disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4603>

55 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre del 2002, rad. 6462. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2015, rad. 9446; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de septiembre de 2007, SC-116-2007.

56 Baena, L., *El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 121, disponible en: <https://ebooks-uexternado-edu-co.basesbiblioteca.uexternado.edu.co/pdfreader/el-leasing-habitacional-instrumento-para-financiar-la-adquisicin-de-vivienda-3-ed> [consultado el 10 de diciembre de 2021].

57 *Ibid.*, 121.

58 *Idem.*

59 Decreto 663, 1993, art. 2.º, num. 5, y art. 7.º, num. 1, lit. o.

del contrato a través de las condiciones generales de contratación frente a las cuales los interesados en celebrar el contrato no tienen otra opción que adherir o no. Este aspecto también genera ciertas perplejidades, cuyo tratamiento no puede ser abordado en esta sede, como, por ejemplo, el papel que juega actualmente la parte considerada débil a la hora de distribuir los riesgos.

En este contrato, el problema del riesgo de la contraprestación se presenta cuando se pierde la cosa dada en leasing, lo que produce la extinción de la obligación a cargo del dador *sociedad de leasing*, planteándose el dilema en torno a *qué ocurre con la prestación correspondiente a cargo del tomador o usuario consistente en pagar los llamados “cánones”*.

Aunque es preciso aclarar que, por lo general, para la celebración de este contrato la entidad financiera impone al tomador de la cosa dada en leasing la obligación de contratar un seguro que lo protege en caso de pérdida de la cosa, la cuestión sobre la parte que corre con el *periculum* es en todo caso susceptible de análisis, pues en dicho caso se tendrá que preguntar quién paga la prima del seguro contratado.

Supongamos el caso de una cosa que ya fue entregada al usuario, la cual, sin embargo, perece durante la tenencia por causa no imputable a este; por lo tanto, la pregunta que se plantea es si el tomador del leasing tendrá que pagar el saldo pendiente, es decir, si la cosa se pierde para el acreedor (*res perit creditoris*) o si, por el contrario, es el dador quien sufre la pérdida de la cosa y el tomador no tiene que pagar el saldo pendiente, siguiéndose entonces la regla *res perit debitoris*.

Una primera alternativa sería aplicar las normas del contrato con el que tenga mayor similitud. Por esa razón, no han faltado jueces que han considerado aplicables las normas del contrato de arrendamiento, más exactamente el artículo 2008, numeral 1, c. c. colombiano, en el que se consagra la regla de la pérdida de la cosa para el deudor, en la medida en que el arrendamiento de la cosa expira por la destrucción total de la misma, de forma tal que el arrendatario no tiene que seguir pagando los cánones restantes hasta la fecha de terminación del contrato porque no puede usar el bien que es objeto del mismo.

Esta orientación fue adoptada en una sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá⁶⁰ en la que, en contra de una cláusula de las condiciones generales de contratación del leasing financiero celebrado entre las partes, en virtud de la cual expresamente se establecía la obligación, a cargo del tomador, de seguir pagando las cuotas del leasing a pesar de la pérdida total de la cosa, llegó a afirmar que los cánones que había pagado la tomadora después del perecimiento de la cosa habían obedecido a una mera liberalidad, dado que en virtud de la aplicación del citado artículo 2008, numeral 1, el tomador o usuario no tenía por qué seguir pagando dichos cánones.

60 De acuerdo con lo expuesto en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2015, rad. 9446.

Seguramente la razón por la cual el Tribunal estimó acertada esa decisión tiene que ver con la similitud que existe entre la prestación a cargo del arrendador y la prestación a cargo del dador, consistente en entregar la cosa para el uso por parte del tomador, lo que se refleja también en algunas normas que suelen designar el contrato de leasing como un arrendamiento financiero.

Una segunda alternativa consiste en asignar los riesgos de la contraprestación en cabeza del usuario o tomador, es decir, aplicar la regla *res perit creditoris*.

Considero que a esta regla se podría llegar en el derecho colombiano a partir de la aplicación del artículo 1607 c. c., el cual consagra una regla general para la distribución de los riesgos en las obligaciones de entregar un cuerpo cierto, tal como sería en este caso la del dador.

Sin embargo, la aplicación de esta regla, que suele vincularse a los mismos criterios que explican la pérdida de la cosa para el comprador en el contrato de compraventa, no parece satisfactoria para explicar el riesgo de la contraprestación en cabeza del tomador o usuario del leasing financiero.

En efecto, si se quisiera aplicar el criterio conforme al cual aquel a quien corresponde el beneficio deben corresponder también las incomodidades, es decir, la regla *commodum-incommodum*⁶¹, esta no resolvería el tema de la distribución del riesgo en el contrato de leasing financiero, pues, si bien es cierto, en principio, tendríamos que decir que es el usuario quien está llamado a verse beneficiado con las mejoras de la cosa, y por lo tanto a soportar sus desmejoras, debido a que, se supone, está llamado en un futuro a convertirse en propietario de ella, lo cierto es que este derecho de dominio es eventual, como quiera que depende en últimas de la misma voluntad del tomador, consistente en ejercer o no la opción de compra; sin contar con el hecho de que en algunas condiciones generales de contratación

61 Sobre la importancia de la relación entre la regla del *commodum e incommodum* y la *res perit creditoris*, cfr. Neme Villarreal, M. L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, cit., 106: “En efecto, la teoría de los riesgos o *periculum* se erige en un mecanismo destinado al restablecimiento del equilibrio contractual, no ya con base en la reciprocidad del sinalagma, de la cual constituye precisamente excepción, sino con base en otras reglas que expresan igualmente equidad, como la de *commodum e incommodum*. Ha de recordarse aquí que el acreedor-comprador posee los beneficios del acrecimiento y mejoras de la cosa aun antes de la tradición, así como que la pérdida de la cosa cierta presupone la culpa del deudor[,] por lo que este deberá comprobar causa extraña para exonerarse de responsabilidad y entrar a jugar dentro del campo de los riesgos de la cosa, lo que ciertamente constituye un *incommodum*”. Asimismo, cfr. Carro, V., “Riflessioni sul rischio contrattuale in diritto romano” [en línea], en d’Arienzo, M. (dir.), *Il diritto come “scienza di mezzo”*. *Studi in onore di Mario Tedeschi*, vol. I, Cosenza, Pellegrini, 439, disponible en: <https://www.iris.unina.it/retrieve/e268a72f-620c-4c8f-e053-1705fe0a812c/CarroMTedeschi.pdf> [consultado el 10 de diciembre de 2021], quien explica: “*Al compratore si applica invero anche la regola generale cuius commoda eius et incommoda[,] nel senso che al passaggio del periculum si contrappone quello di tutte le eventualità favorevoli cui la cosa comprata può essere esposta*”.

revisadas se observa que las mejoras solo serán reconocidas al tomador si fueron previamente autorizadas por el dador⁶².

Además, dentro del contrato de leasing financiero puede preverse la posibilidad de sustitución del bien objeto del contrato, lo que tampoco permitiría la aplicación de este primer criterio.

En cuanto a la custodia, que funciona como contrapeso de la carga del acreedor de padecer el riesgo de la contraprestación ante la presunción de culpa del deudor en la pérdida de esta, mal podría aplicarse en el presente caso, pues quien tiene la cosa y puede ejercer las conductas necesarias para su cuidado es el tomador o usuario, y por ello es este último el obligado a la conservación de la cosa.

Por esta razón, la custodia no funcionaría como contrapeso de la carga de soportar el riesgo, sino como criterio para atribuirlo a quien detenta la tenencia de la cosa.

En este sentido, Arrubla señala:

También por la naturaleza propia del “leasing”, los riesgos por la pérdida o destrucción de la cosa se trasladan de su dueña (la sociedad “leasing”) a [la] cabeza del usuario[,] quien se obliga además a mantener los bienes debidamente asegurados contra los riesgos más probables de ocurrencia y que generalmente se señalan en el contrato. Si no cumple su obligación de mantener los bienes debidamente asegurados, en caso de pérdida será el usuario quien deba soportarla⁶³.

Esta interpretación también es acogida en el derecho chileno por Rivera, quien sostiene que “los riesgos deben ser asumidos por aquella parte del contrato que tenga una relación estrecha y de control material respecto de los bienes, puesto que esta parte del contrato es la que mejor puede evitar la ocurrencia de un siniestro habida consideración de que los tiene en su poder”⁶⁴.

Aunque se estima que esta puede ser la razón más importante, y tal vez la única, que podría explicar que el riesgo por la pérdida de la cosa recaiga sobre el usuario o tomador, si quisiéramos trazar una relación entre el derecho romano y el derecho actual podríamos agregar también el criterio del *interés negocial*. En efecto, si se traslada la aplicación de ese criterio al contrato de leasing financiero en el derecho actual, nos encontraríamos con que en la mayoría de las ocasiones es el usuario o tomador quien tiene la iniciativa de celebrar el negocio, pues es él quien necesita acceder a este medio para poder usar y eventualmente adquirir un

62 BBVA, “Contrato de arrendamiento financiero leasing”, disponible en: <https://www.bbva.com.co/content/dam/public-web/colombia/documents/home/footer/reglamentos/productos-personas-juridicas/D06-Contrato-de-Arrendamiento-financiero-leasing.pdf> [consultado el 10 de mayo de 2021].

63 Arrubla, J. A., “Contrato de leasing”, cit., 242.

64 Rivera, M. E., “Algunos aspectos de la contratación comercial moderna”, cit., 187.

bien que, de otra manera, no podría conseguir, o cuya adquisición acaso le generaría unos costos o gravámenes adicionales que no está interesado en soportar.

Esto no ocurre con otros tipos de contratos de leasing, como el leasing operativo, respecto del cual se podría argüir que el interés negocial lo tiene de manera primordial la compañía de leasing, pues en este “el bien objeto del contrato, de antemano, hace parte del haber –o *stock*– de la compañía, la que se sirve del leasing para comercializar un producto suyo”⁶⁵, por lo que la regla de distribución del riesgo, hipotéticamente, debería ser otra.

Esta iniciativa negocial también se refleja claramente en la posibilidad del tomador o usuario de escoger el bien que será dado en leasing, así como de escoger al proveedor del cual deba ser adquirido⁶⁶.

También es cierto que esa posibilidad de elección se explica por el mayor conocimiento que se supone debe tener el usuario o tomador del leasing sobre la calidad de los bienes que van a ser adquiridos, considerando que los mismos son usados para el desarrollo de su actividad.

En estos términos, sería prácticamente inevitable asignar al usuario o tomador del bien dado en leasing los riesgos por la pérdida de la cosa debida, más aún teniendo en cuenta que el canon que paga el usuario o tomador tiene dentro de sus componentes un valor que corresponde a la amortización del precio del bien.

Con esta ejemplificación se espera haber dejado clara la posibilidad de aplicar el criterio del interés negocial para distribuir el riesgo en el contrato de leasing financiero, como también la posibilidad de que se extienda a otras figuras contractuales atípicas en donde el interés negocial sea determinante para su celebración.

Conclusiones

El recorrido realizado a través de algunas fuentes del derecho romano y del derecho actual permite concluir que, más allá de las reglas generales sobre distribución del riesgo contractual previstas en el derecho civil o mercantil colombiano, existen otros criterios susceptibles de aplicación, como, por ejemplo, el de la iniciativa negocial, el cual, tal y como lo fue en el derecho romano, resulta útil en el ámbito de algunos contratos atípicos, como es el caso del leasing financiero.

Asimismo, con este breve estudio se ha podido evidenciar cómo algunas problemáticas del derecho romano no han perdido su vigencia en el derecho actual, en especial, aquellas relacionadas con los contratos que en el derecho romano eran llamados innominados y hoy día se denominan atípicos o innominados.

65 Baena, L., *El leasing habitacional*, cit., 74.

66 Aspecto que fue fundamental a la hora de resolver el problema jurídico planteado en Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre de 2002, rad. 6462.

Referencias

- Alemán, A., “Sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatum*”, en García, J. (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 7, Burgos, BOE, 2001, 2189-2198, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-70218902198 [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- Arrubla, J. A., “Contrato de leasing”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n.º 87-88, 201-252, disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4603> [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- Baena, L., *El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, disponible en: <https://ebooks-uexternado-edu-co.basesbiblioteca.uexternado.edu.co/pdfreader/el-leasing-habitacional-instrumento-para-financiar-la-adquisicin-de-vivienda-3-ed> [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- BBVA, “Contrato de arrendamiento financiero leasing”, disponible en: <https://www.bbva.com.co/content/dam/public-web/colombia/documents/home/footer/reglamentos/productos-personas-juridicas/D06-Contrato-de-Arrendamiento-financiero-leasing.pdf>
- Betti, E., “*Periculum*: problemi del rischio contrattuale in diritto romano, classico e giustiniano”, *Jus*, n.º 3, 1954, 333-384, disponible en: https://jus.vitaepensiero.it/scheda-articolo_digital/emilio-betti/periculum-problemi-del-rischio-contrattuale-in-diritto-romano-classico-e-giustiniano-004084_1954_0003_0333-348425.html [consultado el 23 de noviembre de 2021].
- Biscotti, B., “Sopravvenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico”, en Rodríguez, R. A. (coord.), *La interpretación del negocio jurídico: desde la Antigüedad hasta hoy*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Repositorio, 2017, 1-42, disponible en: <https://boa.unimib.it/retrieve/e39773b3-e95b-35a3-e053-3a05fe0aac26/Biscotti-Madrid%20Definitivo.pdf> [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, 4.ª ed., Torino, Utet, 1993.
- Cardilli, R., “Imprevisión y riesgos contractuales en el sistema jurídico romanista”, en Esborraz, D. F. (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, Roma, Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani-Università di Roma ‘Tor Vergata’-CNR, 2006, 325-361.
- Carro, V., “Riflessioni sul rischio contrattuale in diritto romano”, en d’Arienzo, M. (dir.), *Il diritto come “scienza di mezzo”. Studi in onore di Mario Tedeschi*, vol. I, Cosenza, Pellegrini, 431-447, disponible en: <https://www.iris.unina.it/retrieve/e268a72f-620c-4c8f-e053-1705fe0a812c/CarroMTedeschi.pdf> [consultado el 10 de mayo de 2021].
- D’Ors, Á., “Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 45, 1975, 595-604,

- disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1251623> [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- De Francisci, P., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, vol 1, Pavia, Mattei, 1913.
- Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano*, S. Schipani (texto y trad.), Trento, Università degli Studi di Trento, 2007.
- Fiori, R., “*Contrahere in Labeone*”, en Chevreau, E.; Kremer, D. y Laquerrière-Lacroix, A. (coords.), *Carmina Iuris: Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris, De Boccard, 2012, 311-331.
- Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina-GADAL, “Código Marco de las Obligaciones para América Latina”, en Saccoccio, A. y Cacace, S. (eds.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, t. I, Torino-Valencia, Giappichelli-Tirant lo Blanch, 2020, disponible en: <https://gadal.uexternado.edu.co/codigo-marco/version-castellana/> [consultado el 18 de mayo de 2023].
- Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, t. I, Torino, Giappichelli, 1992.
- Gete, M., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979.
- Grosso, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, Giappichelli, 1963.
- MacCormack, G., “VII. *Periculum*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 96, n.º 1, 1979, 129-172, disponible en: <https://doi.org/10.7767/zrgra.1979.96.1.129> [consultado el 10 de mayo de 2021].
- Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- Neme Villarreal, M. L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2008, 59-108, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/529> [consultado el 10 de mayo de 2021].
- Ortega-Piana, M. A., “Contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, y su relación con las normas legales”, *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, n.º 32, 2001, 97-110, disponible en: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2001.n032.3636> [consultado el 28 de abril de 2023].
- Rivera, M., “Algunos aspectos de la contratación comercial moderna: teoría de los riesgos en el contrato de leasing financiero mobiliario”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, n.º 19, 1998, 173-191, disponible en: <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/408/381> [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- Schiandrello, E., “*Nomen contractus*’ e ‘*nuovi contratti*’. *L'agere praescriptis verbis* labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale”, *Diritto@Storia*, 12, 2014, 1-22, disponible en: <http://www.dirittoestoria.it/12/memorie/Schiandrello-Nomen-contractus-nuovi-contratti-agere-praescriptis-verbis-Labeone.htm> [consultado el 10 de diciembre de 2021].
- Schulz, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968.

Tovar, L., *El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano. Una opción para el desarrollo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9836> [consultado el 10 de diciembre de 2021].

Normatividad y jurisprudencia

Decreto 663 de 1993.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre de 2002, rad. 6462.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de septiembre de 2007, SC-116-2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de mayo de 2014, rad. 5851.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2015, rad. 9446.