



**LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE LEASING
HABITACIONAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA
DESTRUCCIÓN DEL INMUEBLE DEBIDO A FALLAS DE CONSTRUCCIÓN O
DISEÑO**

JULIO CÉSAR CASTILLO PEÑA

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL
MAESTRÍA EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.**

2021



**LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE LEASING
HABITACIONAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA
DESTRUCCIÓN DEL INMUEBLE DEBIDO A FALLAS DE CONSTRUCCIÓN O
DISEÑO**

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
DERECHO COMERCIAL**

JULIO CÉSAR CASTILLO PEÑA

DIRECTORA: DRA. LIGIA CATHERINE ARIAS BARRERA

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL
MAESTRÍA EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.**

2021

RECTOR: DOCTOR HERNANDO PARRA NIETO

SECRETARIA GENERAL: DOCTOR JOSÉ FERNANDO RUBIO NAVARRO

DIRECTOR DEL DPTO.: DOCTOR SAÚL SOTOMONTE S.

DIRECTOR DE LA TESIS: DRA. LIGIA CATHERINE ARIAS BARRERA

PESIDENTE DE TESIS: DR. SAÚL SOTOMONTE S.

EXAMINADOR: DR. LUIS GONZALO BAENA CARDENAS

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto determinar la consecuencia jurídica en el contrato de leasing habitacional cuando el inmueble se destruye por fallas estructurales o de diseño y la institución financiera ha pactado expresamente que no se responsabiliza por los vicios del bien, trasladándose así el riesgo de la cosa de la entidad financiera al locatario. Para poder desarrollar la investigación, se abordan distintos temas, desde los antecedentes históricos hasta la naturaleza jurídica del contrato y todos sus temas relacionados, con el propósito de justificar la hipótesis de esta tesis, la cual consiste en que la consecuencia jurídica es la terminación anticipada del contrato porque al destruirse el inmueble desaparece un elemento esencial del contrato que es la opción de compra, bajo el entendido que no se puede comprar lo inexistente, además, este trabajo concluye con la afirmación de que el locatario debe pagar el valor total de la financiación, incluido el precio de la opción de compra, ya que si el bien se destruye, se consolida un riesgo que el locatario decidió asumirlo contractualmente.

ABSTRACT

The purpose of the research paper is to determine the legal consequence in the housing leasing contract when the property is destroyed due to structural or design flaws and the financial institution has expressly agreed that it is not responsible for the defects of the property, thus transferring the risk of the thing from the financial institution to the tenant. In order to develop the research, different issues are addressed, from the historical background to the legal nature of the contract and all its related issues, in order to justify the hypothesis of this thesis, which is that the legal consequence is early termination of the contract because when the property is destroyed, an essential element of the contract disappears, which is the purchase option, under the understanding that the non-existent cannot be bought, in addition, this work concludes with the statement that the tenant must pay the full value of the financing, including the price of the purchase option, since if the property is destroyed, a risk is consolidated that the tenant decided to contractually assume.

PALABRAS CLAVE: Leasing habitacional, atipicidad del contrato, autonomía de la voluntad contractual, cláusula de exoneración de la responsabilidad, liquidación del contrato, responsabilidad directa del proveedor del inmueble.

Contenido

I. INTRODUCCIÓN	6
II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	8
III. OBJETIVOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	10
a. Objetivo general	10
b. Objetivos específicos.....	10
1. CAPÍTULO PRIMERO	12
1.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO PRIMERO.....	12
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	13
1.3. EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO	19
1.4. ELEMENTOS ESENCIALES.....	25
1.4.1. La entrega de un bien mueble o inmueble con vocación productiva	26
1.4.2. Un canon periódico que contiene un sistema de amortización del activo.....	27
1.4.3. La opción de compra	28
1.5. PARTES Y SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO	32
1.5.1. Partes en el contrato.....	32
1.5.2. Otros sujetos que intervienen en el contrato	35
1.6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO	41
1.7. MODALIDADES DEL CONTRATO DE LEASING	50
1.8. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LEASING	59
1.9. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING	62
1.9.1. Fase precontractual	62
1.9.2. Fase contractual	64
1.10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES	66
1.10.1. Obligaciones de la empresa de leasing	66
1.10.2. Obligaciones del locatario.....	68
1.11. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO PRIMERO	71
2. CAPÍTULO SEGUNDO.....	74
2.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO SEGUNDO	74
2.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL	75
2.3. MODALIDADES DE LEASING HABITACIONAL.....	78
2.3.1. Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.	79
2.3.2. Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar	88
2.4. EL LEASING HABITACIONAL COMO UN CONTRATO ATÍPICO.....	92
2.4.1. Consideraciones generales	92
2.4.2. La atipicidad del contrato de leasing habitacional.....	96
2.4.3. Teorías doctrinales para la regulación de los contratos atípicos	99
2.5. GRADUACIÓN NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO DE LEASING HABITACIONAL	106

2.5.1.	Leyes y normas de orden público	106
2.5.2.	Estipulaciones contractuales	108
2.5.3.	Normas de la teoría general de las obligaciones y del contrato	112
2.5.4.	Analogía con las normas de los contratos con que tenga mayor semejanza el leasing habitacional	113
2.5.5.	Principios generales del derecho y la jurisprudencia	114
2.5.6.	Doctrina	116
2.1.	EL OBJETO Y LA CAUSA EN EL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL.....	117
2.2.	EL LEASING HABITACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA	122
2.3.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEGUNDO	131
3.	CAPÍTULO TERCERO.	134
3.1.	INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO TERCERO.....	134
3.2.	SELECCIÓN DEL INMUEBLE POR PARTE DEL LOCATARIO Y SU RESPONSABILIDAD	135
3.3.	NORMAS URBANÍSTICAS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS INMUEBLES.....	138
3.4.	NUEVA FIGURA DE AMPARO PATRIMONIAL AL COMPRADOR DE VIVIENDA NUEVA	144
3.5.	RESPONSABILIDAD Y DILIGENCIA DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA EN LA ETAPA DE SELECCIÓN DEL PROVEEDOR	147
3.6.	EFICIENCIA DE LA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA.....	152
3.7.	TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL POR LA DESTRUCCIÓN DEL INMUEBLE Y SU RELACIÓN CON LOS CÁNONES PERIÓDICOS	158
3.8.	RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL PROVEEDOR DEL INMUEBLE	163
3.9.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO	168
4.	CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE GRADO.....	170
5.	BIBLIOGRAFÍA.	173

I. INTRODUCCIÓN

El leasing habitacional es una modalidad de leasing financiero, mediante el cual, una institución financiera adquiere un bien inmueble por petición del tomador o locatario, para posteriormente entregarle el uso y goce del bien durante un periodo de tiempo, a cambio de que el locatario pague una contraprestación periódica denominada cánones o instalamentos, los cuales contienen un sistema de amortización del valor del inmueble. Una vez finalice el término del contrato, el locatario se puede convertir en el propietario del bien si decide ejercer la opción de compra y paga el valor residual del bien.

Así las cosas, el leasing habitacional es una técnica de financiamiento en el mercado, en donde la entidad de leasing no tiene participación en la selección del bien y su proveedor. Por lo tanto, el locatario debe desplegar un alto grado de diligencia y cuidado en la escogencia del bien, dado que las empresas de leasing trasladan el riesgo de la cosa al locatario.

Uno de los problemas jurídicos de mayor trascendencia en el contrato de leasing habitacional son los vicios ocultos que puede tener el bien. Es decir, que el inmueble no cumpla con las características anunciadas por el proveedor o que tenga fallas de diseño o de construcción que conlleven a su destrucción.

Con relación a este problema jurídico y teniendo en cuenta que la práctica comercial muestra que las instituciones financieras pactan expresamente que se exoneran de responsabilidad por cualquier vicio oculto o redhibitorio que pueda tener el bien, surge un interrogante relacionado con determinar cuáles son las consecuencias jurídicas en el contrato cuando dicho bien se destruye y las partes han estipulado contractualmente que la compañía de leasing no se responsabiliza por los vicios del inmueble.

Este trabajo de investigación busca dar respuesta a dicho interrogante mediante el estudio del contrato de leasing habitacional, con el apoyo de la jurisprudencia y la doctrina que existe al respecto. De igual forma, esta investigación tendrá como fundamento los contratos de leasing que celebran las entidades autorizadas en Colombia. Lo anterior, con la finalidad de establecer el alcance de la cláusula de exoneración de la responsabilidad de las compañías de leasing.

La metodología de investigación es la hermenéutica jurídica. Esta metodología permite interpretar, argumentar y validar la hipótesis que se plantea en este proyecto de investigación, mediante argumentos y razones que encuentran su justificación en la teoría general del contrato y las obligaciones.

Este escrito de investigación contiene tres capítulos, los cuales desarrollan una serie de temas que son pertinentes y útiles para la contextualización del tema de investigación. A su vez se plantean argumentos que conllevan a que se resuelva el problema jurídico, para lo cual se explican los respectivos fundamentos jurídicos que respaldan la hipótesis propuesta.

El capítulo primero de esta tesis explica los antecedentes históricos del contrato de leasing financiero, su definición, los elementos esenciales para que el leasing nazca a la vida jurídica, al igual que se exponen las partes del contrato, sus características, las modalidades del contrato, la naturaleza jurídica, la descripción de la operación, y finalmente las obligaciones de las partes. Es decir, en este capítulo se estudian los aspectos fundamentales del contrato con la finalidad de establecer las bases que permiten comprender la operación desde el punto de vista contractual y financiero. Su importancia frente al problema de investigación radica en que a lo largo de este capítulo se exponen temas que contextualizan el problema jurídico de este escrito, y, además, se ilustran los aspectos contractuales que conllevan a entender cuál es la intención de las partes con la celebración del contrato de leasing financiero.

Por su parte, el capítulo segundo de la investigación desarrolla la definición del contrato de leasing habitacional, se explican las dos modalidades de leasing habitacional, al igual, que se sustentan las razones para calificar como atípico el contrato y cuáles son las teorías que sirven para encontrar la regulación de los contratos atípicos. Igualmente, el capítulo segundo determina la graduación o escala normativa que regula al contrato de leasing habitacional y se explican los elementos esenciales del contrato, haciendo la salvedad que los mismos deben existir durante la vigencia del contrato, so pena de que el leasing se termine por la desaparición de un elemento de su esencia. También se expone el objeto y causa del contrato y si la destrucción del inmueble produce la desaparición sobrevinida de la causa del contrato. Finalmente, se explica el concepto de vivienda digna y su relación con el leasing habitacional.

El capítulo tercero de la tesis expone la etapa de selección del inmueble y su proveedor por parte del locatario, la existencia de normas urbanísticas y de la nueva figura de amparo patrimonial para proteger al locatario de las asimetrías de la información que se presentan cuando él escoge el inmueble. Igualmente, se expone la responsabilidad y diligencia de la institución financiera en la etapa de selección del inmueble. Adicionalmente, se explica la validez de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las entidades de leasing por los vicios del inmueble y se determina que la consecuencia jurídica en el contrato de leasing habitacional cuando el inmueble se destruye es la terminación anticipada del contrato con la obligación de que el locatario pague la totalidad del valor de financiamiento, incluido el precio de la opción de compra. Este capítulo cierra con la responsabilidad directa del proveedor del inmueble frente al locatario por la destrucción del bien, al existir una relación de consumo, a pesar de que el locatario y el proveedor no tienen un vínculo contractual directo.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El contrato de leasing habitacional bien sea destinado a la adquisición de vivienda familiar o adquisición de vivienda no familiar es una modalidad del leasing financiero, mediante la cual una institución financiera le entrega un inmueble para vivienda al locatario, quien previamente ha seleccionado el bien, a cambio de una contraprestación denominada canon periódico. Este canon periódico tiene un sistema de amortización del activo. Al finalizar el periodo pactado en el contrato, el locatario puede restituir el bien a su propietario que es la institución financiera o puede convertirse en propietario ejerciendo y pagando la opción de compra que se estipuló en el contrato.

En el mercado financiero, hay una práctica común por parte de las empresas de leasing en donde la totalidad de contratos de leasing habitacional tienen una cláusula de exoneración de la responsabilidad de la institución financiera por cualquier vicio oculto que pueda tener el bien que ha sido seleccionado en la etapa precontractual por el locatario. Estas cláusulas se pueden observar en los contratos que celebran las instituciones autorizadas en el mercado colombiano. Sin embargo, las entidades le ceden al locatario las acciones judiciales en contra del proveedor, que tratándose del leasing habitacional será el constructor o enajenador de la vivienda.

Un problema muy reciente en los distintos proyectos inmobiliarios destinados a vivienda han sido los fallos en el diseño, la construcción, el análisis del suelo, entre otros. Estos problemas han producido el colapso de los inmuebles y en otros casos la decisión de demolerlos de manera inmediata porque representan un peligro, no sólo para los habitantes de esos proyectos inmobiliarios sino también para las construcciones contiguas.

Debido a la cláusula de exoneración de responsabilidad civil de la institución financiera por los vicios que pueda tener el bien, surge un problema jurídico relacionado con cuál debe ser la consecuencia jurídica cuando en la ejecución del contrato de leasing habitacional el bien inmueble se destruye por las fallas en su construcción o diseño, siendo únicamente esta situación imputable al constructor, teniendo en cuenta que en principio no existiría negligencia ni del locatario ni de la institución financiera.

Así las cosas, el problema jurídico que se pretende desarrollar este trabajo de investigación se sintetiza de la siguiente forma: ¿Cuál es la consecuencia jurídica en el contrato de leasing habitacional cuando el bien inmueble se destruye por fallos estructurales o de construcción y la institución financiera con el locatario han estipulado contractualmente que la entidad financiera no responde por ningún vicio que pueda tener el bien?

Respecto al anterior problema jurídico, se plantea como hipótesis que la consecuencia jurídica es la terminación anticipada del contrato porque desaparece un elemento esencial del contrato, que es la opción de compra. Lo anterior, se justifica en que no se puede comprar algo inexistente. Sin embargo, en virtud de la cláusula de la exoneración de la responsabilidad de la institución financiera por cualquier clase de vicio del inmueble, el locatario se encuentra obligado a pagar la totalidad del valor de financiación. Este valor de financiación incluye el precio de la opción de compra, ya que al destruirse el inmueble se consolida un riesgo que decidió asumir el locatario en virtud de una estipulación contractual.

Es importante mencionar, que el autor Jaime Arrubla sustenta que la pérdida o destrucción del inmueble impide el uso de la cosa, por lo que el contrato se extingue y el locatario se libera de la obligación de restituir y seguir pagando los cánones.¹ No obstante, en este proyecto de investigación se plantea una teoría distinta, dado

¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Contratos Atípicos. 8 ed. Bogotá: Legis. 2015., p. 195.

que la teoría del profesor Arrubla es acertada cuando no existe estipulación contractual que traslade el riesgo de la cosa al locatario y la consecuente exoneración de responsabilidad de la institución financiera. Pero en caso contrario, la consecuencia jurídica no conlleva a que el locatario no deba seguir pagando el valor de financiamiento del inmueble, ya que en virtud de la autonomía de la voluntad contractual es procedente que el locatario se obligue a pagar el valor total de financiamiento.

En efecto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual pueden decidir que el comportamiento de los cánones periódicos no se modifique por la imposibilidad de utilizar el inmueble por cualquier motivo. Evento en el cual, el contrato termina, pero su liquidación se efectúa durante el mismo periodo de tiempo que se pactó en el contrato. Lo anterior, tiene como efecto la prolongación de la liquidación del respectivo contrato, más no su vigencia, ya que el mismo termina anticipadamente por la destrucción del inmueble.

III. OBJETIVOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Este trabajo de investigación plantea un objetivo general, y a su vez, unos objetivos especiales, los cuales se describen a continuación:

a. Objetivo general

Determinar la consecuencia jurídica en el contrato de leasing habitacional cuando el inmueble se destruye por fallas estructurales o de construcción y la institución financiera con el locatario han pactado expresamente que la entidad financiera no responde por ningún vicio que pueda tener el bien.

b. Objetivos específicos

- 1.** Identificar la naturaleza jurídica del contrato de leasing habitacional.
- 2.** Identificar el objeto y la causa del contrato de leasing habitacional.
- 3.** Explicar el alcance y la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la institución financiera por los vicios del inmueble.

4. Identificar las razones por las cuales la destrucción del inmueble conlleva a la terminación anticipada del contrato de leasing y su correspondiente liquidación.

1. CAPÍTULO PRIMERO

1.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO PRIMERO

En este capítulo se abordarán los temas relacionados con los antecedentes históricos del contrato de leasing y su definición. Esto se justifica, en que, si bien el tema de investigación es el leasing habitacional, al ser esta una modalidad de leasing financiero, es necesario estudiar cuáles fueron los hechos históricos que marcaron el nacimiento del leasing financiero, y con ello entender las finalidades que persigue este instrumento contractual y de financiación.

Igualmente, a lo largo de este capítulo, se estudian los elementos esenciales del contrato de leasing. Lo anterior, con fundamento en que el problema de investigación se relaciona con la destrucción del inmueble. Por lo tanto, resulta pertinente analizar si esta situación puede producir la terminación del contrato por la desaparición de un elemento de la esencia, haciendo la salvedad, que esta última parte se estudia con mayor profundidad en los capítulos segundo y tercero de esta investigación.

Además, este capítulo tiene como propósito identificar las partes del contrato de leasing, indicando en quien recae la propiedad del activo y si aquella está llamada a soportar el riesgo de la destrucción del bien. También en el desarrollo de esta primera unidad, se analizarán cuáles otros sujetos participan en el contrato, que sin ser partes tienen un aporte vital en el contrato. Esto permite identificar cuál es su relación con la destrucción del inmueble por fallas imputables a una mala construcción o diseño, en vista de que este es el problema de investigación que se pretende solucionar.

Un aspecto jurídico que este capítulo se encarga de profundizar son las modalidades del contrato de leasing, y con ello entender que la hipótesis propuesta en la investigación también es aplicable a cualquier modalidad del contrato de leasing financiero.

De la misma manera, y como una parte fundamental para conceptualizar las bases que son necesarias para defender la hipótesis planteada, se identifica con claridad que el leasing bajo las distintas modalidades es un contrato atípico. Para fundamentar la atipicidad del contrato, se delimitan las diferencias con los instrumentos contractuales tipificados en donde el leasing comparte alguna

semejanza. Esta sección se justifica, en que si el contrato tiene una naturaleza subsumida en otro tipo contractual que se encuentre regulado por el legislador, el abordaje del problema de investigación se centrará en la norma que regule al tipo contractual que lo recoja al leasing financiero, mientras que, si es un contrato atípico, la solución estará en las teorías que regulan a esta clase de contratos.

Por otro lado, en este capítulo se definen las fases de la operación, y cuáles son los roles de las partes en dichas etapas, indicando su relación con una eventual destrucción del inmueble. El locatario es por regla general quien se encarga de seleccionar el bien, y la compañía de leasing es una mera dispensadora de recursos, lo que permite comprender la lógica de la operación y la razonabilidad de las cláusulas que exoneran de responsabilidad de las instituciones financieras.

Finalmente, el primer capítulo termina con las principales obligaciones de las partes. Este capítulo hace un especial énfasis en la diligencia de las instituciones financieras en la adquisición de los inmuebles que seleccionan los locatarios, y con ello entender las razones de por qué la negligencia de la entidad de financiamiento puede producir su responsabilidad a pesar de la existencia de cláusulas que se incorporan en los contratos de leasing, cuyo objeto, es exonerar de responsabilidad a las entidades por los vicios del inmueble, como, por ejemplo, la destrucción del bien por fallas de construcción o diseño.

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la historia de la humanidad siempre se han enfrentado barreras de carácter económico para la adquisición de diversos bienes, teniendo en cuenta que la capacidad patrimonial de los diferentes agentes de la sociedad resulta insuficiente para comprar los distintos activos que se requieren. Por lo tanto, la financiación es una actividad clave que permite la satisfacción de las necesidades personales y empresariales, y, de esta forma se promueve el crecimiento económico de las naciones. El fundamento que permite afirmar la existencia de las barreras de carácter monetario se relaciona con un principio básico de la económica que es la escasez. Es decir, desde el nacimiento de la humanidad los deseos y necesidades de las personas, incluido a las empresas son ilimitados, mientras que los recursos como el dinero son limitados. Por ende, es necesario acudir a la financiación para

resolver estas barreras relacionadas con la escasez de recursos monetarios o de bienes.²

Las personas jurídicas como por ejemplos las compañías cuando patrimonialmente no tienen los recursos monetarios para adquirir los equipos e insumos necesarios para ejecutar sus actividades, acuden a la financiación interna, como, por ejemplo, en el caso de las sociedades, a la emisión de acciones, la constitución de reservas, la capitalización de utilidades, etc. o mediante financiación externa como el factoring, el mutuo, el descuento, la apertura de créditos, la venta de títulos en el mercado de valores, entre otras modalidades de financiación.³

Por su parte, las personas naturales tienen que acudir a sus ahorros y cuando los mismos resultan insuficientes se ven obligados a solicitar los servicios de financiación ofrecidas por terceros como los contratos de mutuo, que en su gran mayoría son prestadas por las entidades del sector financiero.⁴

Dentro de las diversas modalidades de financiamiento ofrecido por terceros se encuentra el leasing. Dicho en otras palabras, este contrato es una nueva técnica de financiamiento.⁵ El leasing tiene como finalidad que los sujetos de derecho puedan financiar la adquisición de bienes muebles o inmuebles con vocación productiva. Estos bienes se caracterizan por ser no incorporales y no consumibles. Este instrumento contractual conlleva a que el uso del bien permite amortizar su costo y al cabo de un determinado tiempo se pueda transferir su propiedad en favor del usuario cuando aquel ejerce la opción de compra que se ha pactado a su favor.⁶

Antes de abordar el contrato de leasing es importante precisar los antecedentes históricos. Lo anterior con el propósito de comprender cuál es su naturaleza económica y funcional, debido a que todos los contratos típicos y atípicos nacen

² PARKIN, M; ESQUIVEL G. & MUÑOZ M. Macroeconomía - Versión para Latinoamérica. 7 ed. Ciudad de México: Pearson Education. 2007. p. 1 – 38.

³ ALBELLA AMIGO, S; HERNÁNDEZ CORREA, G. y otros (2017). La financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas a través de los mercados de capitales en Iberoamérica. 4 ed. Madrid: CYAN, Proyectos Editoriales S.A. p. 57-77.

⁴ López Pascual, Joaquín & González Altina Sebastián. Gestión Bancaria – Factores en un entorno competitivo. 3 ed. Madrid: Mc Graw Hill. 2008. p. 96 – 113.

⁵ LEYVA SAAVEDRA, José. EL leasing y su configuración jurídica. Revista Vniversitas. 2003, no. 106, p. 745 – 747.

⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Expediente No. 6462 (13 de diciembre de 2002), M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

para satisfacer necesidades en una época determinada. Es decir, las estructuras contractuales obedecen a hechos sociales y además son simplemente instrumentos que sirven para regular las relaciones económicas entre los sujetos interesados.

La doctrina no es pacífica en señalar un hecho histórico concreto que haya dado lugar al nacimiento del contrato de leasing, dado que se presentan múltiples eventos que los historiadores encuentran como antecedentes. Algunos autores como Carlos Vidal Blanco consideran que desde la misma época antigua se utilizaban distintas prácticas que fueron la base del contrato de leasing,⁷ mientras que otros escritores como los profesores Luis Gonzalo Banea⁸ y Jaime Arrubla⁹ argumentan que el leasing es una figura contractual muy reciente, teniendo sus orígenes históricos en los siglos pasados, especialmente en Estados Unidos.

En la opinión del reconocido doctrinante español Carlos Vidal Blanco, el contrato de leasing en un sentido amplio tiene como antecedente remoto el arrendamiento de cosas, tierras, animales y barcos que se practicaban en varias culturas del Medio Oriente hace más de cinco mil años.¹⁰

Al respecto, se debe indicar que si bien el contrato de arrendamiento contiene características que pueden parecerse al contrato de leasing,¹¹ este último no tiene como naturaleza jurídica un simple arrendamiento porque ante todo es una técnica de financiamiento que amortiza la inversión de un activo como se expuso anteriormente. Por lo tanto, en este escrito de investigación se considera que el arrendamiento no es un antecedente histórico porque los contratos de leasing y arrendamiento tienen naturaleza jurídica independiente, por cuanto son instrumentos contractuales que cumplen una particularidad contractual y económica distinta.

No cabe duda que tanto el arrendamiento como el leasing son acuerdos contractuales que permiten el uso de un bien durante un término pactado. Sin embargo, en el contrato de leasing financiero existe una opción de compra irrevocable y un sistema de amortización del activo, lo cual no es de la naturaleza

⁷ VIDAL BLANCO, Carlos. El leasing en la financiación del sector público. Revista española de financiación y contabilidad. 1987, vol. XVII, no. 53, p. 438-439.

⁸ BAENA CARDENAS, Luis Gonzalo. El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 69

⁹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 145.

¹⁰ VIDAL BLANCO. Op. Cit., p. 438-439.

¹¹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 153 -156.

del contrato de arrendamiento. Por ende, el arrendamiento y el leasing son dos contratos diferentes.

Aunado a lo anterior, el contrato de arrendamiento no tiene como finalidad la financiación de un bien. Por el contrario, en el contrato de leasing su característica principal es que existe una técnica de financiamiento del valor del bien. Es decir, en el arrendamiento las partes únicamente tienen como objeto el uso de un bien a cambio de un canon durante un periodo de tiempo,¹² en cambio, en el leasing las partes buscan amortizar el valor del bien durante la vigencia del contrato, para que el usuario o denominado propiamente locatario pueda adquirir la propiedad del activo al finalizar el periodo contractual mediante el ejercicio de una opción de compra irrevocable.

La posición de Vidal podría ser válida si se considera al leasing como un sinónimo de arrendamiento o renta. No obstante, la naturaleza jurídica actual del leasing es muy específica y distinta de un simple arrendamiento como lo sostienen los autores Luis Gonzalo Baena, Jaime Arrubla y José Leyva. Razón por la cual, no se puede afirmar que el contrato de arrendamiento sea un antecedente histórico. Cabe aclarar, que estos dos contratos tienen como similitud la entrega de la tenencia de un bien durante un periodo de tiempo pactado.

El profesor Jaime Arrubla también señala que la modalidad de leasing como una técnica de financiamiento es una práctica comercial relativamente moderna, cuyo origen fue producto del crecimiento industrial que estaban viviendo países desarrollados como Estados Unidos de Norteamérica.¹³

Los antecedentes históricos que resultan más próximos al contrato de leasing son a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX en Estados Unidos como lo explican los profesores Luis Gonzalo Baena¹⁴ y Jaime Arrubla¹⁵, y posteriormente este contrato se extendió por Europa. De igual forma, el contrato se extendió por el mercado financiero de países latinoamericanos, quienes fueron los últimos en adoptar al leasing como un contrato financiero.

¹² INOSTROZA SÁEZ, Mauricio Andrés. Estructura unitaria del leasing financiero y su influencia sobre los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017., p. 22.

¹³ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 145.

¹⁴ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 69

¹⁵ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 145 - 146

Las crisis económicas, las demandas del mercado, los desarrollos tecnológicos y los altos costos de los activos productivos como los vagones de los ferrocarriles, los barcos, los bienes con alta tecnología, etc., no podían ser adquiridos con los recursos propios de los empresarios, por lo cual, los departamentos financieros de las empresas industriales empezaron a realizar operaciones que permitían el uso de sus bienes.¹⁶ Esto cimentó la base fundamental del contrato de leasing operativo. No obstante, los anteriores antecedentes contribuyeron a que se abrieran las puertas para que se consolidara y empezara a nacer el contrato de leasing financiero.

Por ejemplo, en el año 1920, la compañía norteamericana Bell Telephone System cambió su técnica de mercadeo de sus equipos, y decidió utilizar la figura del leasing operativo y no la del contrato de compraventa por los altos costos de sus productos. La razón de que se considere dicha práctica como un leasing operativo es porque el mismo productor ofrecía la financiación, lo que es la característica del leasing en su modalidad operativo. Esta técnica de mercadeo igualmente fue realizada por compañías como la United States Shoes Machinery y la International Cigar Machinery.¹⁷

Cabe destacar, que gracias al empresario D. P. Boothe Junior se consolidó y conoció la figura del leasing financiero.¹⁸ El autor Jaime Arrubla explica que cuando la guerra de Corea había finalizado y la compañía de Boothe recibió un importante pedido, sin embargo, esta compañía tuvo serios problemas para cumplir con esos deseos de los clientes, ya que no tenía la maquinaria suficiente para procesarlos ni tampoco podía comprar los equipos al carecer de los recursos económicos necesarios. Por estos motivos, aquel empresario debió recurrir al alquiler de equipos, y como consecuencia de esta situación, el señor Boothe evidenció que esta necesidad de conseguir equipos y sus altos costos era una situación frecuente en varias compañías de la época.¹⁹

Como resultado de esta problemática, Boothe con el apoyo de tres socios más fundó la empresa United States Leasing Corporation, la cual tuvo como propósito la

¹⁶ ORTUZAR SOLAR, Antonio. El contrato de leasing. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1990., p. 9-10.

¹⁷ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 145.

¹⁸ Ibidem., p. 145.

¹⁹ Ibidem., p. 145 – 146.

financiación de equipos mediante la amortización del valor de aquellos y la posibilidad de adquirirlos al terminar el contrato.²⁰

Posteriormente, Boothe vendió su participación accionaria y emprendió su propia empresa conocida como Boothe Leasing Corporation, empresa que se caracterizó por tener un alto flujo de demanda por parte de los empresarios en Estados Unidos y provocó que las entidades financieras se interesaran en desarrollar esta nueva modalidad de financiamiento.²¹

Autoras como María Soledad Fraile y Sonia Martín Baile le atribuyen a las ventajas fiscales y a mejores condiciones financieras que el leasing haya tenido un crecimiento de más del 30% en los primeros años y que actualmente la cuarta parte de todas las nuevas inversiones se realicen mediante la modalidad financiera del leasing.²²

En el contexto europeo, fueron Francia e Inglaterra los países que impulsaron el contrato de leasing. En estos países, los promotores de la operación de leasing eran los bancos, y ello obedeció a la demanda por parte del mercado del leasing en Norteamérica.²³

El autor José Leyva describe que las empresas que se encargaban de explotar los ferrocarriles en Estados Unidos requerían adquirir vagones, equipos, locomotoras. Esto conllevó a que aquellas fueron las primeras en realizar operaciones de leasing. Como resultado de esta nueva figura contractual, el sistema ferroviario de Norteamérica tuvo un crecimiento exponencial, generando fuertes ingresos económicos para las partes que participaron en el contrato de leasing.²⁴

Así mismo, en Ohio, los créditos hipotecarios tenían tasas de interés extremadamente altas, por lo que las compañías de los supermercados de California decidieron celebrar el primer contrato de lease back con entidades bancarias.²⁵ Esta técnica consistía en que la cadena de supermercados vendía sus

²⁰ Ibidem., p. 145 – 146.

²¹ Ibidem., p. 145 – 146.

²² FRAILE BAYLE, María Soledad y MARTÍN BAILE, Sonia. El leasing y el renting. Revista de estudios económicos y empresariales. 1997, no. 9, p. 58 – 59.

²³ Ibidem., p. 58.

²⁴ LEYVA SAAVEDRA. Op. Cit., p. 745 – 747.

²⁵ Ibidem., p. 745 – 747.

bienes inmuebles a los bancos por una suma de dinero determinada, pero inmediatamente los bancos permitían que ese vendedor pudiera utilizar el bien a cambio de un canon periódico, que contenía un sistema de amortización del valor del activo. Al finalizar el periodo pactado, la cadena de supermercados podía volver a comprar los bienes que había vendido a los bancos mediante una opción de adquisición irrevocable que se había pactado en el contrato de leasing.

En conclusión, existen varios hechos históricos que permitieron que el leasing se consolidara como una operación de financiamiento. En especial, las crisis económicas, el avance tecnológico y los altos costos de las maquinarias y equipos fueron eventos claves que marcaron los antecedentes de este contrato. La historia del leasing es relevante a la hora de analizar los distintos problemas jurídicos que puede tener el contrato debido a que sus antecedentes son piezas claves que permiten comprender las bases del negocio y la causa que origina la celebración del contrato.

1.3. EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO

El leasing financiero es un contrato mercantil en el que intervienen únicamente dos partes. Por un lado, el usuario o locatario, quien está interesado en usar y gozar de un bien durante un periodo de tiempo con la posibilidad de adquirir la propiedad del activo al finalizar el contrato. Además, el locatario en los pagos periódicos amortiza el costo del activo durante la del contrato. Esto significa, que el locatario requiere que una entidad le financie la adquisición de un bien, y, por otro lado, hay una institución que está interesada en financiar la adquisición de ese bien mediante la figura contractual del leasing.

Cuando el usuario se vincula contractualmente mediante el leasing se denomina propiamente locatario y la institución que financia es conocida como La Leasing, la dadora, la compañía de financiamiento, la entidad autorizada o la empresa de leasing. Hay que destacar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la institución financiera siempre debe estar autorizada por la ley y debe obtener el respectivo permiso de funcionamiento por parte del organismo de supervisión que es la Superintendencia Financiera de Colombia, para lo que se requiere cumplir con una serie de requisitos operativos, técnicos, estructurales y financieros que establece la normatividad.

En efecto, el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece una serie de requisitos en cuanto al tipo societario que deben tener las instituciones financieras colombianas, el contenido de la solicitud, el monto de capital, el proyecto de los estatutos sociales, los estudios que demuestren la factibilidad de la entidad financiera, la autorización por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otros requisitos.

Estos requisitos son importantes porque garantizan que la entidad tenga la capacidad tanto técnica como operativa y financiera para ofrecer los servicios y productos financieros, con lo cual se garantiza que los consumidores financieros no resulten afectados por una situación de insolvencia o incapacidad de la entidad para honrar sus obligaciones.

Por otra parte, las entidades autorizadas para celebrar contratos de leasing financiero en el ordenamiento jurídico colombiano son los establecimientos bancarios y las compañías de financiamiento conforme a lo establecido por los artículos 2 y 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con lo regulado por el artículo 2.18.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010. Las entidades autorizadas serán objeto de estudio a mayor profundidad en el desarrollo de este trabajo de investigación.

De las diferentes definiciones del contrato de leasing explicadas por los profesores Jaime Arrubla, Luis Gonzalo Baena, Gabriel Arias, Rafael Castillo, José María De la Cuesta, se propone en este escrito que el contrato de leasing debe entenderse como un acuerdo de voluntades entre la institución financiera y el locatario, mediante el cual, la institución financiera adquiere la propiedad de un bien mueble o inmueble que es seleccionado de manera previa por el locatario. Posteriormente, la entidad entrega el bien a título de tenencia al locatario durante un periodo de tiempo, a cambio de una contraprestación que debe el consumidor financiero denominada canon. Este canon se caracteriza, entre otras cosas, por amortizar el valor del bien. Cabe destacar, que este contrato tiene una particularidad especial que es la opción de compra irrevocable en favor del locatario que debe pactarse desde el inicio del contrato.

El locatario se puede convertir en propietario si ejerce esa opción de compra y paga la suma que se haya estipulado en el contrato. El valor de la opción de compra será inferior al precio del bien porque durante la vigencia del contrato se ha venido amortizado su costo.

La amortización se refiere a que periódicamente se paga por el costo del activo que fue adquirido por la empresa de leasing. Es decir, la amortización va saldando el precio del bien. Por lo tanto, al finalizar la vigencia del Contrato el locatario paga únicamente el valor residual del costo del activo que no pagó durante el término pactado en el contrato.

El autor Yesid García explica que el sistema de amortización es la forma en cómo se logra saldar el valor del inmueble. El citado autor menciona que la amortización puede realizarse de las siguientes formas: i) Cuotas constantes, ii) Pagos a capital constantes, iii) Cuotas crecientes de acuerdo al nivel de inflación y vi) Cuotas decrecientes de acuerdo al nivel de inflación.²⁶

Cada una de las formas de amortización tienen una técnica de modelación, sin embargo, estas técnicas y análisis de cada mecanismo de amortización no será analizado en este escrito de investigación, teniendo en cuenta que son sistemas contables y matemáticos, que no tienen aspectos jurídicos que requieran ser analizados.

Por su parte, la opción de compra es un elemento esencial del contrato. Además, el valor de la opción de compra debe determinarse con exactitud o se tienen que establecer las bases para calcular dicho precio. Este precio va a depender directamente de la fijación de los cánones periódicos que pague el locatario, por cuanto estos contienen un sistema de amortización. Lo anterior, quiere decir que el locatario no paga únicamente por el uso del bien que le ha entregado la institución financiera, sino que también ese canon contiene un sistema de amortización del precio del bien.

Frente a la definición del contrato, es importante destacar que distintos autores como García Romeu y Vancil consideran que lo esencial en el leasing es la operación de financiación del bien a mediano y largo plazo. Por lo tanto, este negocio jurídico es una nueva modalidad de financiamiento. En este escrito también se comparte la postura mayoritaria de la doctrina en torno a que el leasing es una

²⁶ GARCÍA RUEDA, Elkin Yesid. Leasing habitacional: mecanismo para facilitar acceso a vivienda de interés social. Tesis de grado – Facultad de Ingeniería. Universidad de los Andes. 2003. p. 42 – 47.

nueva línea de financiamiento, la cual además se agrega a las ya existentes en el mercado financiero.

El autor José Leyva explica que a nivel internacional, la mayoría de países han optado por no regular el contrato, mientras que en países como Francia, Bélgica, Argentina, Perú, Panamá y Uruguay han decidido que exista una norma especial que reglamente el contrato.²⁷ Una característica que ha sido constante en la mayoría de la doctrina es que este acuerdo contractual es entre empresarios.²⁸ Sin embargo, en el desarrollo de las diversas modalidades de leasing se ha permitido que las personas naturales también puedan celebrar este contrato con el propósito de satisfacer una necesidad no empresarial, como el leasing habitacional, el cual tiene como objetivo lograr la adquisición de una vivienda propia, que sin duda alguna, cobra especial importancia en las políticas públicas y sociales de los países.

Con relación a las definiciones doctrinales, el autor español Fernando López Iranco considera que el leasing nace en el mundo como respuesta a la necesidad de una nueva fórmula de financiación que necesitan los empresarios; esto se logra a través del acceso al uso de los bienes con la posibilidad de adquirir la propiedad al término de la vigencia del contrato, o en su defecto, restituir la tenencia a la entidad de leasing que es la propietaria del activo.²⁹

Igualmente, el profesor Jaime Arrubla define el leasing financiero como una operación en la que una compañía de leasing adquiere la propiedad de activos de acuerdo con lo solicitado por el locatario. Una vez se adquiere la propiedad, se entrega el uso de dichos bienes a título de arrendamiento durante un plazo convenido, al cabo del cual, se puede continuar en el arriendo por medio de otro contrato o se adquiere la propiedad por un valor residual.³⁰

El autor Edgar Perilla Amórtegui con fundamento en el Consejo Internacional de Estándares de Contabilidad señala que el leasing también llamado arrendamiento financiero tiene como objeto la transferencia al usuario de todos los riesgos y

²⁷ LEYVA SAAVEDRA. Op. Cit., p. 753.

²⁸ GARCIA SUÁREZ, Carlos. Efectos de las normas internacionales de información financiera en las operaciones de arrendamiento financiero. Tesis doctoral. Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 2012. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/9756/cs372.pdf?sequence=1>. p. 17 -20.

²⁹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 149.

³⁰ Ibidem., p. 161.

beneficios que se deriven de la propiedad de un bien, y posteriormente se podrá o no adquirir la titularidad del dominio del bien.³¹

En conclusión, el leasing es una operación de financiamiento que faculta para que el locatario pueda de adquirir la propiedad del bien por un precio más bajo al finalizar el periodo pactado, por cuanto se ha amortizado su valor durante la vigencia del contrato. Es importante volver a reiterar, que tal como lo explica el citado autor Perilla, en el arrendamiento financiero se trasladan todos los riesgos de la propiedad que estando en cabeza de la empresa de leasing pasan al locatario.

Frente a la definición del leasing es relevante distinguir los derechos de propiedad y de uso, teniendo en cuenta que, durante la vigencia del contrato, la titularidad de dominio del activo siempre estará en cabeza de la empresa de leasing, mientras que el derecho al uso lo ejerce el locatario. No obstante, ese derecho de propiedad de la dadora tiene una limitación contractual, la cual consiste en que la propiedad se va a transferir cuando el locatario ejerza la opción de compra que se ha pactado en el contrato.³²

El autor español Ángel Martín Martínez menciona unos elementos particulares del leasing que son relevantes en cualquier ordenamiento jurídico, porque en Colombia como en la mayoría de países no existe una norma que regule el contrato. Por ende, las acepciones tanto locales como extranjeras sobre la definición del leasing se tornan relevantes al momento de analizar el contrato. De acuerdo a Martínez, el leasing es una operación de financiación basada en un contrato de arrendamiento, pero no es un arrendamiento en sentido estricto ni tampoco una operación de crédito convencional. En palabras de este autor, la operación de leasing exige dos requisitos a saber, la existencia de un bien que se entrega en tenencia y la opción de compra que conlleva a que se pueda transferir la propiedad del activo cuando finalice el término contractual y el locatario decide ejercer la opción de adquisición.³³

³¹ PERILLA AMÓRTEGUI, Edgar. Análisis de estándares y normas sobre arrendamientos financieros: IASB, España, Colombia. Revista Internacional Legis de Contabilidad y Auditoría. 2003. No. 16, págs. 167 – 219.

³² GARCÍA SUAREZ. Op. Cit., p. 17 -20.

³³ MARTÍNEZ, Ángel Martín. La transición del leasing – financiero – leasing – operativo – renting ¿Una consecuencia de las medidas de política económica?: El caso del sector autónomo en España, 1981 – 2000. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/7303/1/T26902.pdf>. p. 27 – 35.

Ahora bien, la posición de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el leasing ha sido la siguiente:

*[...] Negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad autorizada – por la ley- para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal – mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, lato sensu, necesariamente productivo-, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, in actus, la propiedad de la misma, previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior –por supuesto- a su costo comercial (valor residual), sin perjuicio de la posibilidad de renovar, in futuro, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes [...]*³⁴

Esta postura de la Corte también ha sido idéntica en otras jurisdicciones como la española, en donde el Tribunal Supremo con relación a la definición del contrato de leasing expone lo siguiente:

*“Figura mediante la cual el arrendador financiero, siguiendo las indicaciones del arrendatario, adquiere de un tercero o proveedor determinados bienes dedicados a usos industriales, comerciales, o de servicios, y, manteniendo su propiedad, los pone a disposición de éste para su uso con arreglo al ámbito de sus actividades productivas, empresariales o profesionales, a cambio del abono de determinadas prestaciones periódicas mientras dura el arrendamiento –en las que se distinguen las cuotas de amortización del bien y los intereses imputables a la carga financiera- concediendo una opción de compra a favor del arrendatario, que éste puede ejercitar en el plazo estipulado o al término del contrato, por la cantidad fijada como valor residual del bien”.*³⁵

³⁴ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

³⁵ INOSTROZA SÁEZ. Op. Cit., p. 22.

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia expuesta, con respecto al contrato de leasing se concluyen los siguientes aspectos:

- a. Es un negocio jurídico bilateral, en donde son partes el locatario y la entidad autorizada.
- b. El objeto contractual es un bien mueble o inmueble, el cual tiene vocación productiva. Además, tiene que ser no consumible ni fungible.
- c. El bien es entregado al locatario a título de tenencia, a cambio de unos cánones mensuales que contienen un sistema de amortización del activo.
- d. Al vencimiento del término de duración del contrato, el locatario puede convertirse en propietario si ejerce la opción de compra y paga un valor residual. El locatario también tiene las opciones de restituir la tenencia o renovar el contrato.

1.4. ELEMENTOS ESENCIALES

Todo contrato tiene unos elementos esenciales que deben configurarse para que nazca a la vida jurídica y genere plenos efectos. En materia civil y mercantil, la Ley ha señalado frente a los contratos típicos cuales son los elementos de cada contrato. Por lo tanto, el operador judicial únicamente debe verificar si se reúnen dichos elementos para calificar al contrato de acuerdo con lo señalado por la Ley. En cambio, en los contratos atípicos como el caso del leasing, es necesario que conforme a la naturaleza del contrato se identifiquen sus elementos, porque si bien la Ley de manera expresa no los ha identificado, esto no quiere decir que este instrumento contractual carezca de elementos esenciales. Lo anterior, teniendo en cuenta que cualquier tipo contractual debe tener elementos esenciales que cuando se reúnan dan lugar al nacimiento del contrato.

El fundamento de la anterior afirmación se encuentra en el artículo 1501 del Código Civil colombiano. Dicho artículo establece que los elementos esenciales del contrato permiten que aquel produzca efectos jurídicos. Razón por la cual, en caso de que no existan, el contrato no nace a la vida jurídica o se degenera en otro contrato. Igualmente, el artículo 898 del Código de Comercio indica que el contrato será inexistente cuando no se reúnan los elementos esenciales del contrato o las formalidades sustanciales que la ley exige.

En torno a la identificación de los elementos esenciales del contrato, aquellos estarán necesariamente contenidos en la ley cuando se trate de contratos típicos. En caso contrario, es decir, en los contratos atípicos, habrá que analizar el respectivo negocio jurídico conforme a las reglas que se exponen en este trabajo de investigación.

El leasing no tiene una regulación especial en el ordenamiento jurídico colombiano, dado que la normatividad únicamente nomina al contrato, más no lo regula en cuanto a su naturaleza, a pesar que el Decreto 2555 de 2010 regula aspectos ligados netamente a la actividad económica. No obstante, esto no impide que de acuerdo a la naturaleza del contrato se identifiquen sus elementos esenciales a partir de la descripción de la operación que establece el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, lo que conlleva a que se pueda diferenciar de los demás tipos contractuales, con los cuales puede tener semejanzas, pero a pesar de ellas, tiene elementos únicos que le otorgan una autonomía propia e independiente.

En este orden de ideas, los elementos esenciales que se deben configurar para el nacimiento del contrato de leasing son los siguientes:

1.4.1. La entrega de un bien mueble o inmueble con vocación productiva

La empresa de leasing debe entregar al locatario el bien mueble o inmueble con vocación productiva que requiere este último y que lo ha seleccionado de manera previa de acuerdo con las necesidades del caso en concreto. El locatario, también ha escogido al proveedor de manera libre en el mercado. Sin embargo, en la actualidad, algunas entidades de leasing en proyectos inmobiliarios escogen al proveedor, y por su parte, el locatario únicamente elige la unidad inmobiliaria, es decir, el número de apartamento, local o casa. Dicha situación produce una consecuencia jurídica diferente a cuando el locatario ha tenido plena libertad de seleccionar el activo, lo cual será objeto de estudio durante el desarrollo de este escrito.

En efecto, es la excepción que el locatario no elija al proveedor del bien. Esta situación como se mencionó anteriormente será objeto de análisis en este escrito de investigación porque a pesar de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por los vicios del inmueble, no se puede defender la misma teoría cuando el locatario ha sido totalmente libre y autónomo de escoger al proveedor del

activo de cuando no tiene dicha libertad por imposición de la entidad de financiamiento.

En este escrito se afirma que la entrega del inmueble y su existencia es un elemento esencial. Su justificación radica en que el leasing tiene como esencia que el locatario pueda usar de un bien durante el término contractual porque es el fundamento de su operación, ya que el uso del bien conlleva a que periódicamente se paguen los instalamentos que van amortizando su costo por la vocación productiva del activo, para que una vez concluya el término del contrato se pueda adquirir la propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra o adquisición.

1.4.2. Un canon periódico que contiene un sistema de amortización del activo

El contrato de leasing tiene como otro elemento esencial el establecimiento de un canon periódico que debe pagar el locatario como contraprestación por usar y gozar del activo durante el periodo contractual que hayan pactado las partes.

Este canon está compuesto por los gastos en los cuales tuvo que incurrir la entidad de financiamiento, los costos operativos, la contraprestación por el uso del bien, una tasa de interés que es la ganancia que obtiene la empresa de leasing por la operación en concreto y un componente demasiado relevante que es el sistema de amortización del precio del bien, que va a tener su reflejo en el precio de la opción de compra.

Es decir, entre mayor sea la tasa de amortización en los cánones periódicos, menor será el precio de la opción de compra. De hecho, muy a pesar de que se califique por parte de la doctrina como un practica no recomendada que la opción de compra sea cero (\$0), es común que en la práctica de la operación se logre que la opción de compra no tenga valor alguno o que sea algo totalmente irrisorio.

Usualmente el canon periódico debe pagarse mensualmente, pero nada impide que aquel se puede pagar bimestral o trimestral, dado que será la autonomía de la voluntad contractual la que determine la periodicidad del pago.

De igual forma, la vigencia del contrato va a depender directamente de la capacidad de pago del locatario, y por lo general, el contrato está diseñado para que concluya en un mediano o largo plazo.

1.4.3. La opción de compra

Finalmente, el último elemento esencial del contrato de leasing es la opción de compra que se pacta en favor del locatario. Esta figura está destinada para que el locatario se pueda convertir en el propietario del activo, teniendo en cuenta que durante la vigencia del contrato se ha amortizado el valor del bien a través del pago de los cánones periódicos.

La opción de compra o adquisición es una facultad y un derecho del locatario. Sin embargo, aquella no es una obligación en cuanto a su ejercicio. Es decir, el locatario es libre y autónomo de decidir al finalizar el contrato si quiere o no adquirir la propiedad del activo.

La opción de compra exige que en el contrato se establezca su valor o se señalen las bases para determinarlo, ya que la operación de leasing tiene financieramente un sistema contable, en donde el locatario desde la misma etapa precontractual conoce cuáles serán las condiciones del contrato, en especial, el canon inicial, los cánones periódicos, la duración del contrato y por su puesto el valor de la opción de compra.

En caso de que no exista opción de compra desde el mismo momento del nacimiento del contrato no se puede tipificar el leasing financiero, porque es precisamente la opción de compra irrevocable que se estipula en favor del locatario, uno de los elementos que permiten distinguir al contrato de los demás existentes en el ordenamiento jurídico.

Sobre la opción de compra como elemento esencial del contrato, el profesor Luis Gonzalo Baena también considera que por virtud del Decreto 2555 de 2010, la opción de adquisición se convirtió en un elemento de la esencia del contrato, sin el cual, no puede haber lugar al nacimiento del instrumento jurídico. No obstante, de acuerdo al citado autor, dicha opción de compra es ajena al origen del contrato. Es importante señalar, que también de acuerdo a la Convención de Otawa de 1988, que regula el leasing financiero internacional de carácter mobiliario no se contempla a la opción de compra como un elemento esencial del contrato.³⁶

³⁶ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 223.

Una pregunta que surge con la opción de compra es si esta se puede ejercer de manera anticipada, dicho en otras palabras, si el locatario está facultado para adquirir la propiedad del activo antes de que finalice el periodo contractual que se haya estipulado.

La respuesta es sí, el locatario puede convertirse en propietario de manera anticipada bajo la figura del “prepago” total del valor de financiación del bien, lo cual se encuentra regulado por artículo 1 de la Ley 1555 de 2012.³⁷ Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia ha señalado que el locatario como consumidor financiero tiene el derecho a efectuar pagos anticipados parciales o totales en cualquier operación de crédito y que el leasing como una operación de financiamiento tiene naturaleza crediticia.³⁸ Por ello, existe la posibilidad de que el cliente pague de manera anticipada los cánones futuros y ejerza la opción de compra. Cabe destacar, que, por disposición legal, se debe liquidar nuevamente los intereses al día del pago, ya que el locatario no deberá pagar los intereses de los cánones no vencidos, debido a que está honrando las obligaciones de manera previa y la legislación ha dispuesto que los intereses únicamente se exigen hasta el día que se pague de manera total o parcial la obligación crediticia.

³⁷ **ARTÍCULO 1o.** Adiciónese al artículo 5o de la Ley 1328 de 2009 el siguiente literal:

“g) Efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago.

Es obligación de las entidades crediticias brindar al usuario información transparente, precisa, confiable y oportuna en el momento previo al otorgamiento del crédito sobre la posibilidad de realizar pagos anticipados de su obligación.

Este derecho del consumidor financiero no será aplicado a operaciones de crédito cuyo saldo supere los ochocientos ochenta (880) smmlv. Para los créditos superiores a este monto, las condiciones del pago anticipado serán las establecidas en las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

Es derecho del deudor decidir si el pago parcial que realiza la abonará a capital con disminución de plazo o a capital con disminución del valor de la cuota de la obligación.

En el evento en que el deudor posea varios créditos con una misma entidad que sumados superen el monto indicado en el inciso tercero, solo podrá realizar el pago anticipado aquí regulado hasta dicho límite. En el evento en que el deudor posea varios créditos con diferentes entidades, podrá realizar el pago anticipado aquí regulado con cada entidad, hasta el límite establecido en la presente ley.

Las disposiciones contenidas en este artículo no aplican a los créditos hipotecarios.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> La posibilidad de pago anticipado de los créditos anteriormente especificados, aplica a los créditos otorgados a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

³⁸ Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura de Procesos Jurisdiccionales, Radicado 2016127426, Número de Proceso 2016-2395 del 28 de septiembre de 2017.

Es necesario precisar, que por disposición del literal “g” del artículo 1 la Ley 1555 de 2012,³⁹ en los casos en que el saldo del crédito no supere los 880 salarios mínimos legales mensuales vigentes no se puede establecer “primas por prepago”. Las primas por prepago son una sanción monetaria cuando el consumidor financiero paga el valor total o parcial del crédito. Lo anterior, teniendo en cuenta que en cualquier operación de crédito las entidades financieras buscan obtener un lucro a través del pago de una tasa de interés durante un periodo de tiempo pactado y un pago anticipado impide que las compañías puedan obtener dichos pagos. Sin embargo, únicamente en los contratos de leasing distintos al habitacional destinado a vivienda familiar cuando el valor del saldo supera los 880 SMLMV es viable que se puedan pactar “primas por prepago”, que en la práctica oscila entre un 10% y 30% del saldo cuando aquel ocurre después de la entrega del bien al locatario, pero cuando el prepago ocurre antes de que el bien se entregue al locatario la sanción es sobre un 10% a 15% del valor total del contrato.⁴⁰

En el momento en que se hace un prepago total y se paga el valor de la opción de compra se termina el contrato de leasing y el locatario se convierte en el propietario del bien. Hay que aclarar que la regla general es que el locatario ejerza la opción de adquisición al vencimiento de la vigencia del contrato, pero también es viable que se adquiera la propiedad antes de que finalice el término del contrato.

³⁹ **ARTÍCULO 1 de la Ley 1555 de 2012.** Adiciónese al artículo 5o de la Ley 1328 de 2009 el siguiente literal:

“g) Efectuar pagos anticipados en toda operación de crédito en moneda nacional sin incurrir en ningún tipo de penalización o compensación por lucro cesante, de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago.

Es obligación de las entidades crediticias brindar al usuario información transparente, precisa, confiable y oportuna en el momento previo al otorgamiento del crédito sobre la posibilidad de realizar pagos anticipados de su obligación.

Este derecho del consumidor financiero no será aplicado a operaciones de crédito cuyo saldo supere los ochocientos ochenta (880) smmlv. Para los créditos superiores a este monto, las condiciones del pago anticipado serán las establecidas en las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

Es derecho del deudor decidir si el pago parcial que realiza la abonará a capital con disminución de plazo o a capital con disminución del valor de la cuota de la obligación.

En el evento en que el deudor posea varios créditos con una misma entidad que sumados superen el monto indicado en el inciso tercero, solo podrá realizar el pago anticipado aquí regulado hasta dicho límite. En el evento en que el deudor posea varios créditos con diferentes entidades, podrá realizar el pago anticipado aquí regulado con cada entidad, hasta el límite establecido en la presente ley.

Las disposiciones contenidas en este artículo no aplican a los créditos hipotecarios.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> La posibilidad de pago anticipado de los créditos anteriormente especificados, aplica a los créditos otorgados a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

⁴⁰ Información obtenida del análisis de contratos de leasing habitacional en el mercado colombiano. Las referencias puedan ser consultadas en la sección de bibliografía de este escrito.

Con relación al leasing operativo no existe la opción de compra en favor del cliente, dado que la naturaleza de este contrato no busca que el locatario adquiera el bien al finalizar la vigencia del contrato. Por ende, en esta modalidad de leasing únicamente como elementos esenciales están la entrega del bien y el establecimiento de los cánones periódicos, que a diferencia del leasing financiero no contienen un sistema de amortización del activo. De hecho, el leasing operativo no debería catalogarse dentro de las modalidades de leasing porque en términos prácticos es un arrendamiento común.

Cabe aclarar, que en el leasing operativo el locatario puede convertirse en propietario. Aunque, el título de adquisición es un contrato de compraventa, porque el cliente adquiere la propiedad mediante este último contrato. Además, el cliente no ha amortizado el precio del activo. Por lo tanto, el precio del bien será el que las partes lo convengan al momento de acordar la venta del activo. Esto quiere decir, que el precio no será un valor residual como ocurre en el leasing financiero.

En este escrito, se considera que a pesar de que el Decreto 2555 de 2010 contemple al leasing operativo como una modalidad del contrato, aquella no tiene las particularidades funcionales que caracterizan al leasing. Al respecto, el autor Luis Gonzalo Baena sostiene que el arrendamiento operativo es un arrendamiento que no tiene connotaciones jurídicas especiales, por lo que se equipara a un arrendamiento común.⁴¹

Es importante destacar que el profesor Baena explica que, en el contrato de leasing operativo, los riesgos técnicos del bien son asumidos por la empresa de leasing. Mientras, que, en el contrato de leasing financiero, los riesgos de depreciación, pérdida y destrucción del activo son trasladados al locatario.⁴²

Con referencia a los elementos esenciales de contrato de leasing financiero que se han propuesto en este trabajo, la Superintendencia Financiera de Colombia⁴³ de igual forma señala que los elementos que tipifican a este instrumento contractual son: I) La entrega de un activo, II) El pago de cánones periódicos que contienen un sistema de amortización y, III) La existencia de una opción de compra irrevocable en favor del locatario.

⁴¹ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 75.

⁴² Ibidem., p. 75.

⁴³ Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto No. 2003038222-2 del 28 de enero de 2004.

Esto quiere decir, que únicamente cuando haya la entrega de un activo, el establecimiento del pago de cánones periódicos que contienen un sistema de amortización y la existencia de una opción de compra se tipifica el contrato de leasing financiero. Tratándose del contrato de leasing habitacional, el activo siempre será un inmueble destinado a vivienda.

Por otra parte, la opción de compra debe existir desde el nacimiento del contrato hasta que termine la duración del mismo. En consecuencia, cuando el inmueble se destruye hay una desaparición sobrevenida de un elemento de la esencia del contrato debido a que no se puede comprar lo inexistente. Esto quiere decir, que si falta un elemento esencial del contrato no se puede sostener que el contrato siga existiendo, por lo que necesariamente habrá que terminar anticipadamente. Sin embargo, es necesario determinar cuáles son las consecuencias jurídicas, lo cual se expondrá en las páginas siguientes de este escrito.

1.5. PARTES Y SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO

1.5.1. Partes en el contrato

En el leasing, independientemente de su modalidad, únicamente hay dos partes, por un lado, el locatario, y, por otro lado, la dadora o también denominada La Leasing. Esta última debe estar previamente autorizada por la ley para desarrollar este tipo de operaciones.

A continuación, se expondrán las características de cada una de las partes del contrato.

EL LOCATARIO: el locatario puede ser cualquier persona natural o jurídica que requiere que se le financie la adquisición de un bien a través del contrato de leasing.

Las personas naturales deberán tener capacidad legal y de ejercicio, pero además tienen que demostrar solvencia económica para pagar los distintos cánones del instrumento contractual. Esto quiere decir, que las personas deberán tener capacidad de pago y endeudamiento para que una empresa de leasing se interese en celebrar el contrato de leasing con ellas.

Muy a pesar de que, en el mundo de los negocios del leasing, la mayoría de consumidores financieros, tratándose de personas jurídicas, sean sociedades, esto no significa, que otras personas jurídicas como las fundaciones, las asociaciones, las cooperativas y en general cualquier entidad sin ánimo de lucro no puedan adquirir un activo mediante este instrumento contractual.

LA DADORA O LA LEASING: el mercado financiero en Colombia es altamente regulado y también a las entidades que participan en él. Lo anterior, con la finalidad de evitar riesgos sistémicos, incumplimientos en contra de los consumidores, asimetrías de la información, riesgos morales, entre otros. Por ello, el legislador ha restringido a las entidades que pueden celebrar operaciones de arrendamiento financiero, limitándolas a unas determinadas personas jurídicas, quienes están autorizadas por la ley, pero, además, requieren obtener permisos de funcionamiento ante el órgano de supervisión que en el caso colombiano es la Superintendencia Financiera de Colombia.

Las dos entidades que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero autoriza para celebrar operaciones de arrendamiento financiero o leasing son los establecimientos bancarios⁴⁴ y las compañías de financiamiento.⁴⁵

Sea de paso advertir, que el leasing operativo es un arrendamiento sin opción de compra, en donde no se financia la adquisición del activo. Lo que, dicho en otras palabras, quiere decir que no existe un servicio financiero propiamente dicho. Por ende, cualquier sujeto de derecho podrá ofrecer dicho producto.

Frente a la dadora o empresa de leasing, hay un punto básico y esencial que merece ser expuesto, y es la propiedad del activo. Por disposición expresa de la normatividad financiera, en especial por el artículo 2.2.1.1.1 del Decreto 2555 de

⁴⁴ Los establecimientos bancarios conforme a lo dispuesto por el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tendrá las siguientes operaciones autorizadas: [...] n. Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se consideran leasing operativo para efectos contables y tributarios [...] o. Realizar operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra.

⁴⁵ Numeral 5 del artículo 2 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Compañías de financiamiento. Son compañías de financiamiento las instituciones que tiene por función principal captar recursos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes y servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing. El artículo 24 del mismo Estatuto también señala que las operaciones autorizadas para las compañías de financiamiento comercial son entre otras: j. realizar operaciones de leasing. Por su parte, el artículo 2.18.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 autoriza a las compañías de financiamiento a realizar operaciones de leasing habitacional.

2010, la compañía de leasing debe ser la única propietaria del activo hasta que el locatario ejerza la opción de compra. Esto descarta por completo, que el locatario con el pago de los cánones vaya adquiriendo copropiedad, por cuanto aquel se convierte en propietario en el momento que ejerce y paga la opción de compra.

La copropiedad significa que más de una persona es titular del dominio de un bien. Sin embargo, el locatario con el pago de los cánones periódicos no se convierte en copropietario porque el leasing no es una compraventa a plazos. Por el contrario, es un contrato atípico de financiación de activos.

Así las cosas, el pago periódico únicamente amortiza el precio del bien. No obstante, la propiedad del bien únicamente se adquiere cuando el locatario ejerce la opción de compra.

La adquisición de la propiedad del locatario requiere que se inscriba en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la Escritura Pública que contenga el acto de transferencia de la propiedad tratándose de inmuebles. El registro de la Escritura también se requiere cuando la ley exige tal formalidad para la transferencia de la propiedad de determinados bienes. En caso de bienes no sujetos a registro, bastará con que el locatario siga con la tenencia del bien, ya que adquirió la propiedad a través del ejercicio de la opción de compra.

Que la propiedad del activo recaiga de manera exclusiva en la entidad autorizada es muy relevante en el análisis que se pretende en este escrito, en la medida que habrá que determinar si se aplica el principio de derecho civil “Res perit domino”, es decir, la cosa perece para su dueño, o si por el contrario, la cosa perece para el locatario por la naturaleza del contrato y en virtud de las distintas cláusulas que exoneran de la responsabilidad a la empresa de leasing por la mala calidad de la cosa, lo cual se estipula en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual.

Con fundamento en el principio “Res perit domino” el propietario de una cosa es quien tiene que sufrir la pérdida del inmueble.⁴⁶ En este orden de ideas, si se aplica este principio al leasing financiero sería la empresa de leasing la que deba asumir la pérdida del activo por su destrucción. Sin embargo, el principio “Res perit domino” admite que por voluntad contractual de las partes se traslade el riesgo de la cosa y

⁴⁶ GÓMEZ VÁSQUEZ, Carlos. El riesgo contractual en los Códigos Civil y de Comercio colombianos. Análisis dogmático de la normatividad vigente. Revista Opinión Jurídica. 2007. Vol 6, no. 12, p. 115 – 118.

en el leasing en sus diversas modalidades se pacta que el riesgo de destrucción o pérdida del activo por cualquier causa lo asuma directamente el locatario, tal como se explica a lo largo de este escrito.

1.5.2. Otros sujetos que intervienen en el contrato

Como se explicó anteriormente, el contrato de leasing únicamente tiene dos partes, el locatario y la dadora, pero siempre van a existir otros sujetos, que si bien no son partes del contrato cumplen una función económica y jurídica en él, bien sea porque son el proveedor del bien, garantizan el pago de las obligaciones del locatario o asumen algunos riesgos de pérdidas del bien. Dichos sujetos son los siguientes:

- **EL PROVEEDOR DEL BIEN:** el proveedor del bien es el fabricante o distribuidor del activo, y el locatario se encarga de seleccionarlo. Por lo tanto, la dadora únicamente actúa cumpliendo las instrucciones de su cliente para adquirir la propiedad del bien y dispensa los recursos necesarios para la adquisición del mismo.

Es importante destacar que la compañía de leasing no tiene dentro de su inventario los bienes requeridos por el locatario. Lo anterior, debido a que el objeto de las instituciones financieras es la financiación, más no el ofrecimiento directo de bienes que requieran los empresarios o las personas. Por ende, es el futuro locatario el que debe encargarse de buscar el bien con las especificaciones y características requeridas.

Las entidades autorizadas tienen una prohibición expresa de que asuman el mantenimiento de los bienes entregados en arrendamiento financiero y tampoco pueden fabricar o construir dichos bienes de acuerdo a lo señalado por el artículo 2.2.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010.

Por consiguiente, no es razonable que una entidad de financiamiento que no selecciona al proveedor del bien termine asumiendo la responsabilidad por el mal estado o los vicios del activo que escoge el locatario. No obstante, esto no quiere decir que el proveedor no sea responsable. Por el contrario, el proveedor del bien es responsable tanto con el locatario como con la institución financiera por el buen estado de la cosa.

Al no tener una relación contractual el locatario y el proveedor no se le puede exigir el cumplimiento del contrato de compraventa, ni tampoco las obligaciones que se derivan de aquel contrato. No obstante, hay una relación de consumo⁴⁷ conforme a lo establecido por la Ley 1480 de 2011, por lo que el locatario está legitimado para ejercer una acción de protección al consumidor en contra del proveedor. Este punto se abordará más adelante cuando se explique el tema de la responsabilidad del proveedor con el locatario por los defectos de la calidad, seguridad o idoneidad del bien en el tercer capítulo de este escrito.

- **DEUDORES SOLIDARIOS:** es común que por el servicio de financiación que prestan las entidades autorizadas se exija unas garantías para respaldar el pago de las distintas obligaciones que en virtud del contrato de leasing surgen para el locatario. Las garantías evitan que, ante una situación de insolvencia de los clientes, las compañías de leasing se vean afectadas. Razón por la cual, al tener garantías existe un menor riesgo de que aquellas no obtengan el pago de las sumas de dinero que por cualquier razón el locatario adeude.

Las garantías pueden ser personales como la existencia de los deudores solidarios. También pueden existir garantías reales como hipotecas sobre otros bienes sujetos a registro. De hecho, se pueden combinar las garantías en donde exista un deudor solidario que también brinde una garantía real como la hipoteca de un bien de su propiedad.

La exigencia de las garantías depende de cada caso en concreto y también de las políticas internas de cada entidad. Al respecto, no existe regulación que imponga o restrinja las garantías. No obstante, aquellas deben ser razonables y proporcionales, evitando que la operación de leasing se encuentre sobre garantizada, por cuanto las entidades del sector financiero deben abstenerse de abusar de su posición de dominio en el contrato.

- **COMPAÑÍAS DE SEGUROS:** las empresas de leasing también exigen que el locatario adquiera y pague las pólizas de seguro para trasladar los riesgos

⁴⁷ Para establecer si hay una relación de consumo es pertinente distinguir si el cliente es consumidor en los términos de la Ley 1480 de 2011. El numeral 3 de la cita norma señala que consumidor o usuario es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

de destrucción o hurto del bien, esto con el propósito que una compañía de seguros sea la llamada a indemnizar a la empresa de leasing y/o al locatario en caso de que el bien llegue a destruirse o ser hurtado.

Es importante aclarar, que los aseguradores no asumen todos los riesgos, y que, por el contrario, de acuerdo a las políticas del asegurador y dependiendo del estado del riesgo de la cosa se asumen algunos riesgos y con ciertas exclusiones. Por lo tanto, la destrucción de la cosa en el contrato de leasing tiene una relevancia muy importante, en el sentido que es necesario determinar quién la debe asumir y cuál es la consecuencia jurídica frente al contrato.

El fundamento legal para que las entidades aseguradoras no asuman todos los riesgos es el artículo 1056 del Código de Comercio. Este artículo establece que el salvo disposición legal en contrario el asegurador puede a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a los que se exponga la cosa asegurada, el patrimonio o la persona del asegurado. Es decir, que el asegurador es totalmente autónomo de decidir cuáles riesgos asume y cuáles no.

En cuanto a la regulación legal, únicamente el Decreto 2555 de 2010 exige que para las dos modalidades de leasing habitacional se adquieran seguros de terremoto e incendio. Sin embargo, existen otras eventualidades como erupciones volcánicas, huracanes, inundaciones, que no están amparadas por el seguro, y surge la problemática jurídica de quien debe asumir esas pérdidas, si el propietario que es la empresa de leasing, o por el contrario, el locatario, quien tiene el uso de la cosa y la expectativa de convertirse en propietario. Este problema jurídico será resuelto en los siguientes capítulos como quiera que antes es necesario abordar los temas que se exponen a continuación para un mejor entendimiento de la operación de leasing y con ello proponer y defender la tesis frente a este punto.

Por ejemplo, en una cláusula del contrato de leasing habitacional del Banco Colpatria se indica lo siguiente:

“PROTECCION DE LOS BIENES. EL (LOS) LOCATARIO(S) mientras subsista cualquier obligación a su cargo, se obliga a contratar y mantener vigentes las pólizas de seguros de incendio, terremoto, AMIT⁴⁸ y las demás que lleguen a ser

⁴⁸ Los amparos AMIT son los relacionados con riesgos por actos mal intencionados de terceros, como, por ejemplo, grupos guerrilleros, actos de autoridad, entre otros.

necesarias para la debida protección de ellos inmuebles objeto del mismo. De la mismo forma EL (LOS) LOCATARIO(S) podrá tomar un seguro de vida con el objeto de garantizar el cubrimiento del monto no pagado de las obligaciones adquiridas en virtud del presente contrato y las establecidas en los contratos de Leasing Habitacional celebrado, bien sea por fallecimiento o incapacidad total y permanente, en los términos y condiciones definidos por la Compañía de Seguros. **En cualquier evento EL (LOS) LOCATARIO(S) se obliga a cubrir totalmente las primas generadas al contratar dichas pólizas.** SI EL (LOS) LOCATARIO(S) opta por no tomar el seguro de vida se obliga a constituir previamente otra garantía a satisfacción de EL ARRENDADOR. EL BENEFICIARIO UNICO de las pólizas deberá ser EL ARRENDADOR. EL (LOS) LOCATARIO(S) mantendrá actualizados los valores de los inmuebles para evitar el infraseguro. En todo caso EL (LOS) LOCATARIO(S) autoriza a EL ARRENDADOR a efectuar la contratación de tales póliza o seguros. PARAGRAFO PRIMERO.- IMPUTACION DE INDEMNIZACIONES. En caso de pérdida total del bien, EL ARRENDADOR imputará la indemnización recibida al saldo que en virtud del presente contrato estuviesen pendientes de pago. Si efectuada esta operación EL (LOS) LOCATARIO(S) quedare debiendo alguna suma de dinero a EL ARRENDADOR, deberá pagársela de inmediato, si sobrase alguna suma de dinero se le entregaran a EL (LOS) LOCATARIO(S). PARAGRAFO SEGUNDO: - RESPONSABILIDAD EN CASO DE OBJECION O NO PAGO POR LA ASEGURADORA. Si la aseguradora no estuviera obligada a pagar el valor de las perdidas o daños u objetara la reclamación o reparación de los inmuebles estará totalmente a cargo de EL (LOS) LOCATARIO(S)".⁴⁹ (Subrayado por fuera del texto original)

Este tipo de cláusulas son comunes en los modelos de contratos de leasing financiero de las distintas entidades autorizadas. En aras de no ser reiterativo, no se transcribirá la totalidad de cláusulas. Sin embargo, como se anunció anteriormente, las empresas de leasing exigen que el locatario asuma el precio o prima de los seguros.

⁴⁹ Contrato de Leasing Habitacional Destinado a la Adquisición de Vivienda Familiar del Banco Colpatría. Disponible en: <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatría/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/31.-contrato-leasing-habitacional-familiar.pdf>

Una práctica generalizada por todas las entidades de financiamiento es que el pago en el contrato de seguro de las franquicias tanto deducibles como no deducibles las debe asumir en su totalidad el locatario. Hay que aclarar que las franquicias de acuerdo al profesor Efrén Ossa y a Hernán Fabio López, son las pérdidas que debe asumir el asegurado, esto es, un porcentaje que la compañía de seguros no va a pagar, dado que estás en unas determinadas proporciones correrán a cargo del locatario. Cuando las franquicias son deducibles, el locatario debe pagar un porcentaje del daño y el resto lo asume el asegurador, mientras que, en el caso de las franquicias no deducibles, el cliente debe soportar la pérdida con su propio patrimonio si la misma no supera el monto establecido en la póliza de seguro.⁵⁰ Lo anterior se puede reflejar, por ejemplo, en el leasing de automóviles, en donde existe un seguro que ampara los riesgos que le puedan ocurrir al bien, y se pacta una franquicia deducible en la cual el locatario en caso del daño del bien asuma un 15% y el 75% la compañía de seguros, o también puede existir una franquicia no deducible en el supuesto que el daño no supere una suma de dinero, acá será el locatario el que deba pagar en su totalidad la reparación del bien.

Lo anterior, se puede evidenciar en la siguiente cláusula de un contrato de leasing financiero del Banco BBVA:

“En caso de siniestro parcial o total, usted está obligado a pagar el deducible y el exceso que representa el costo de las reparaciones frente al valor de la indemnización, así como el valor no cubierto por el infraseguro”⁵¹

Como se sostuvo anteriormente, esta clase de cláusulas son comunes en los contratos de leasing. Por lo tanto, se concluye que los locatarios se encuentran obligados a adquirir pólizas de seguro para proteger algunos riesgos sobre los inmuebles, y además deben asumir el pago de las primas de seguro, incluyendo el pago de deducibles.

Al no existir una norma de orden público que regule quien debe asumir el pago de las franquicias en el seguro, es totalmente válido y legítimo que por virtud de la

⁵⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 6 ed. Bogotá: DUPRE editores. 2014. p. 356 – 357.

⁵¹ Contrato de Leasing financiero del Banco BBVA. 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>

autonomía de la voluntad contractual lo asuma el locatario, no obstante, se reitera la necesidad de regulación por parte del legislador de este producto financiero para evitar que las empresas de leasing abusen de su posición de dominio.

Por último, y en el caso de que el bien se destruya y la compañía de seguros indemnice dicha pérdida, el pago que haga la aseguradora se debe imputar al saldo pendiente que esté adeudando el locatario, incluido por supuesto el precio del activo, y la suma restante de la indemnización producto del seguro que reciba la entidad de financiamiento se la debe entregar al locatario.

Esta posición es respaldada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de julio de 2015 con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco.⁵² La Corte considera que, si se asume la teoría, de que la entidad de leasing reciba la totalidad de la indemnización y esta cubra más allá del saldo del contrato y del precio del activo, sería un enriquecimiento sin justa causa, porque hay que tener en cuenta que el locatario ha ido pagado periódicamente unos cánones que contienen un sistema de amortización. Por lo tanto, el locatario también tiene derecho a recibir el restante de la indemnización después de haberse deducido el saldo del contrato porque también tiene un interés asegurable en el contrato de seguro.

La anterior posición también es respaldada por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el sentido de que el locatario al ir amortizando el respectivo costo del bien comparte el interés asegurable con la entidad de financiamiento, por lo que tiene derecho a percibir un porcentaje de la indemnización, con base al monto amortizado del precio del activo.⁵³

El fundamento tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Superintendencia Financiera de Colombia es que el locatario se afecta patrimonialmente cuando el bien se destruye, por lo tanto, tiene interés asegurable en la cosa. Al respecto, el artículo 1083 del Código de Comercio indica que el interés asegurable existe cuando una persona se vea afectada patrimonialmente por la realización del riesgo.

⁵² Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC9446-2015, M. P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá D.C., 22 de julio de 2015.

⁵³ Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto No. 2001017021-1 del 13 de julio de 2001.

1.6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Todos los contratos tienen unas características que se deducen de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, que sin duda alguna son de gran importancia en el estudio de cualquier tipo contractual porque permiten comprender cuáles son sus particularidades y que alcancen tiene el instrumento contractual en la regulación de los intereses de los contratantes. De igual forma, existen otras características, que, si bien no se encuentran descritas en el Libro Segundo del Código Civil colombiano que regula la teoría general de las obligaciones, se pueden establecer de acuerdo a los aportes de la doctrina.

Respecto al contrato de leasing, a continuación, se enumeran las principales características de este producto de financiamiento:

- **Consensual:** el contrato de leasing se perfecciona por el mero acuerdo de las voluntades de las partes. Lo que significa, que no existe solemnidad alguna para el nacimiento del contrato a la vida jurídica.

En la práctica del mercado financiero no existe evidencia que indique que las entidades celebren contratos consensuales. Por el contrario, todas las operaciones tienen respaldo documental, telefónico o por mensaje de datos, en donde queda la evidencia de las distintas obligaciones y características de los servicios y productos financieros.

Por otra parte, la necesidad de que el contrato se plasme en un documento o mensaje de datos debe ser estudiado desde la protección del consumidor financiero. Es decir, para garantizar los derechos del consumidor financiero es conveniente que las características del contrato de leasing consten por escrito, como, por ejemplo, la adquisición de seguros, el pago de impuestos, expensas, las responsabilidades, etc.

Cabe adicionar, que tampoco existe evidencia de casos en donde se haya discutido la existencia del contrato de leasing. Esto puede tener su razón en que, desde la misma etapa precontractual, en la cual el consumidor financiero selecciona el bien e instruye a la compañía de leasing para que lo adquiera se van a establecer las características futuras del producto financiero y eso siempre se solemnizará mediante un documento privado.

- **Bilateral:** el leasing es bilateral⁵⁴ porque impone obligaciones recíprocas tanto al locatario como a la institución financiera. Es decir, las dos partes deben cumplir diferentes obligaciones durante la vigencia del contrato. Si se pudiera resumir unas obligaciones generales de las partes, para la institución financiera será la de adquirir el bien de acuerdo a las instrucciones que le haya dado el locatario, entregar el bien a título de tenencia garantizado su goce pacífico y comprometerse a transferir la propiedad cuando el consumidor financiero decide ejercer la opción de compra y pagar su respectivo valor. Por su parte, el locatario estará obligado a recibir el bien, pagar el canon inicial y los periódicos, cuidar del bien, hacer las reparaciones necesarias y locativas que se estipulan contractualmente y restituir el bien o pagar el valor de la opción de compra para convertirse en el propietario del activo.

Es importante aclarar que las anteriores obligaciones generales del contrato se desprenden de su naturaleza jurídica, pero existen más obligaciones que nacen por virtud de la voluntad de las partes. De hecho, en el contrato de leasing habitacional existe la obligación de adquirir seguros de incendio y terremoto por regulación expresa del Decreto 2555 de 2010.⁵⁵

- **Oneroso:** el leasing es un contrato oneroso porque el locatario y la dadora se gravan recíprocamente y ambas partes tienen por objeto conseguir una utilidad.⁵⁶

⁵⁴ Art. 1496 del Código Civil. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

⁵⁵ **Artículo 2.28.1.3.3 del Decreto 2555 de 2010. Seguros.** El contrato de leasing habitacional tendrá como mínimo los siguientes seguros: a) Seguro contra incendio y terremoto cuya cobertura ampare el bien inmueble; b) Opcionalmente, el locatario podrá tomar un seguro de vida en los términos que se acuerde con las entidades autorizadas. Por ser optativo, la entidad autorizada deberá informar suficientemente al locatario, al momento de la celebración del contrato de leasing habitacional, el alcance de la cobertura y las consecuencias en el evento de no tomar el amparo. El locatario podrá tomar los seguros a que haya lugar directamente con las compañías de su elección. No obstante, podrá pactar dentro del contrato de leasing habitacional que las mencionadas pólizas puedan ser tomadas por la entidad autorizada por cuenta del locatario.

⁵⁶ Artículo 1497 del Código Civil. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

La autora chilena Francisca Leitaó Álvarez señala que el elemento que diferencia a un contrato oneroso es la utilidad de ambas partes, ya que si la utilidad únicamente radica en una parte el contrato será gratuito.⁵⁷

En el leasing se puede claramente determinar que las partes buscan obtener una utilidad con el contrato, teniendo en cuenta que el locatario pretende amortizar el valor de un bien durante un periodo de tiempo con la facultad de usarlo y después adquirir la propiedad por un valor residual, mientras que la compañía de financiamiento ofrece este producto porque obtiene unas tasas de interés como contraprestación al financiamiento del activo.

- **Conmutativo:** la conmutatividad contractual es propia de los contratos onerosos y aquella hace referencia a la equivalencia de las prestaciones que deben honrar las partes. Esto significa, que desde el inicio del contrato se ha fijado un equilibrio económico, en donde los suscriptores conocen el alcance de sus obligaciones, y, por ende, no existe una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

Es pertinente traer a colación la apreciación subjetiva de las cargas en el ámbito del derecho privado con respecto a la conmutatividad en el contrato. Sobre lo anterior, el autor Gabriel Escobar Sanín señala que cada una de las partes tiene una apreciación subjetiva de las cargas contractuales, lo que quiere decir, que cada una valora de manera libre y voluntaria la equivalencia de las prestaciones, sin que importe los precios de mercado, por lo que hay que descartar una apreciación objetiva en la conmutatividad contractual del leasing.⁵⁸

Estos presupuestos aplicados al contrato de leasing se traducen en que la institución financiera y el locatario tienen una apreciación subjetiva en la equivalencia de las prestaciones a las que se obligan contractualmente. Por parte de la institución financiera, sus obligaciones de adquirir la propiedad, entregar la tenencia del bien y transferir la propiedad al consumidor financiero cuando ejerce la opción de compra son cargas equivalentes a las obligaciones del locatario de pagar un canon periódico que amortiza el valor del activo y también hay equivalencia entre

⁵⁷ LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca. Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno. Revista de Derecho (Valparaíso). 2015, Vol. XLV, p. 86 – 90.

⁵⁸ ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Negocios civiles y comerciales: Teoría general de los contratos. Vol 2. Bogotá: Editorial Dike. 1994. p. 200.

las obligaciones del locatario y el precio de la opción de compra que obedece a una operación financiera, que valga la pena señalar, goza de pleno equilibrio económico, dado que la misma se realiza atendiendo criterios matemáticos y contables de tasas de interés y de la amortización del activo.

- **Tracto sucesivo:** los contratos de tracto sucesivo se caracterizan porque sus prestaciones se cumplen de manera periódica durante el término estipulado en el instrumento contractual.

El leasing es un contrato de ejecución sucesiva porque el locatario al requerir la financiación del activo se compromete a pagar unos cánones periódicos, que por regla general son de carácter mensual.

- **De adhesión:** los contratos de adhesión representan actualmente un desafío para las entidades de supervisión con la finalidad de proteger los derechos de los consumidores y evitar que las partes dominantes contractualmente abusen de su posición. Por ello, es necesario que, dependiendo de la actividad económica, el legislador y los organismos de supervisión intervengan de forma más estricta para evitar fallas en el mercado.

Si bien existe regulación en torno a las cláusulas abusivas del contrato en la Ley 1328 de 2009, es indispensable que se regule específicamente el contrato de leasing con el propósito de generar mayor seguridad y protección jurídica al consumidor financiero frente a sus derechos y obligaciones que tiene como locatario.

Los contratos de adhesión se oponen a los instrumentos contractuales de libre discusión porque no existe la facultad de que el cliente pueda discutir las cláusulas y las condiciones del contrato. En efecto, el consumidor únicamente tiene la facultad de decidir si celebra o no el contrato, más no podrá proponer la modificación de los términos del producto.

La doctrina y autores internacionales como Todd Rakoff señalan que los elementos centrales para diferenciar un contrato de adhesión se dan cuando se unen dos factores. El primero de ellos, es las formas estandarizadas, y, el otro factor es que

el contratante “débil” únicamente puede tomar o dejar el contrato, pero no negociar las condiciones del aquel.⁵⁹

El autor en mención enumera siete características que permiten distinguir un contrato de adhesión de uno de libre discusión. Dichas características se resumen a renglón seguido:⁶⁰

1. El documento que contiene el contrato está pre impreso con todas las condiciones que van a regir el acuerdo.
2. El contrato ha sido redactado por una sola parte y existen varios beneficios en favor de ella.
3. El contratante que redacta el contrato participa de transacciones en masa y aquellas son rutinarias porque hacen parte del giro ordinario de los negocios de aquel. Este contratante es conocido como la parte dominante.
4. La parte adherente o parte “débil” no puede discutir las condiciones del contrato.
5. La parte adherente no realiza el gran número de transacciones que la parte que redacta el contrato, es decir, aquel adherente por su posición se encuentra sometido a las condiciones que impone el redactor del contrato.
6. El adherente únicamente puede decidir si celebra o no el contrato, pero no puede negociar las condiciones del instrumento contractual.
7. El contrato tiene como esencia que la transacción considerada como un conjunto consiste en pagar una suma determinada de dinero.

Por su parte, la normatividad financiera en Colombia, regulada en la Ley 1328 de 2009, específicamente en el literal f del artículo segundo, señala que el contrato de adhesión es el elaborado por una entidad vigilada del sector financiero, y esta elaboración es unilateral. En donde las cláusulas y condiciones del producto

⁵⁹ RAKOFF, Todd. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. Revista de Derecho Privado – Universidad de los Andes, 2006, no. 37. p. 60 – 61.

⁶⁰ Ibidem., p. 60 – 61.

financiero no son discutidas libremente ni de manera previa con los clientes, teniendo estos últimos la opción de expresar su aceptación o rechazo a contratar.

Analizando el contrato de leasing financiero se concluye que este instrumento es de adhesión debido a que las instituciones financieras redactan de manera previa el contrato, y es ella quien establece las obligaciones que se deben cumplir, pero, además, estas condiciones no se discuten con el locatario, limitándose este último a decidir si acepta o no el contrato.

Las únicas alternativas que tiene el consumidor financiero en la discusión del contrato de leasing se relacionan con el valor del canon inicial y los cánones periódicos, haciendo la salvedad, que en todo caso, el canon inicial es fijado por una suma mínima por la institución financiera, bien sea por regulación legal,⁶¹ como el caso de leasing habitacional o por las políticas de la entidad, teniendo el locatario únicamente la posibilidad de pagar una mayor suma, y respecto de los cánones periódicos, ello va a depender de la capacidad económica del cliente, por lo cual, se reitera que este producto financiero no es de libre discusión.

- **Principal:** la ley define a los contratos principales como aquellos instrumentos que son autónomos y que no requieren de otra convención para su nacimiento a la vida jurídica, es decir, gozan de plena independencia y autonomía.⁶²

El leasing como producto financiero es un contrato principal, que no necesita de otro contrato para generar efectos jurídicos, debido a que este producto por sí mismo es suficiente para subsistir sin que haya otra convención. Dicho en otras palabras, el

⁶¹ Para el monto de financiación en el leasing habitacional hay una restricción legal. El Decreto 2555 de 2010 que regula el leasing habitacional para la adquisición de vivienda familiar remite al artículo 8 del Decreto 3760 de 2008, el cual indica que se podrá financiar hasta el 70% del valor del inmueble, y cuando el inmueble sea de interés social, la financiación podrá llegar al tope del 80% del valor del bien. Hay que tener en cuenta que las viviendas de interés social conforme lo establecido por el artículo 85 de la Ley 1955 de 2019 no puede tener un valor que exceda el valor de ciento treinta y cinco (135) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, lo anterior, el artículo 2.1.9.1. del Decreto 1077 de 2015 señala que el precio de las viviendas de interés social será de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv) cuando los inmuebles se ubiquen en municipios y distritos pertenecientes a las aglomeraciones urbanas definidas por el Documento Conpes 3819 de 2014.

⁶² Artículo 1499 del Código Civil: El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

leasing nunca será accesorio en la medida que no tiene como propósito asegurar el cumplimiento de otro acuerdo contractual.

- **Mercantil:** el leasing es un contrato financiero, y todos los contratos financieros son contratos mercantiles porque su naturaleza es comercial, tal como lo establece el artículo 20 del Código de Comercio. En efecto, los contratos financieros buscan la obtención de una utilidad que se consigue mediante una actividad que se ejerce de manera permanente por parte de un profesional en la actividad financiera.

La connotación de que el leasing sea un instrumento contractual perteneciente al ámbito mercantil tiene un alto grado de importancia porque las instituciones financieras tienen que ejecutar su actividad como unos profesionales, en donde la diligencia que se les exige es mucho mayor. Además, deben asesorar de manera suficiente al cliente con relación a los términos y condiciones del producto financiero.⁶³

Frente al grado de diligencia de las instituciones financieras, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que ellas se encuentran obligadas a actuar con un grado especial de diligencia, ya que sus operaciones activas o pasivas pueden repercutir en el patrimonio de las personas directamente vinculadas con la operación y también con terceros.⁶⁴

Adicionalmente, la Corte sostiene que conforme al numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las entidades que integran el sector financiero deben emplear una debida diligencia en la prestación de sus servicios con los clientes. Esto quiere decir, que su obrar no solo tiene que estar dentro del

⁶³ Frente a la diligencia de las instituciones del sector financiero, el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 señala que como un principio orientador que debe regir la actuación de dichas entidades, se encuentra, entre otras, la debida diligencia “Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros”.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Expediente 7447 (3 de agosto de 2004) M. P. Edgardo Villamil Portilla.

marco de ley sino también conforme a la buena fe y al servicio de los intereses sociales.⁶⁵

Así las cosas, la Corte establece que, al colocar y captar ahorros del público, las instituciones financieras no pueden actuar abusivamente ni de manera descuidada, ya que podrían en peligro la actividad económica y la confianza pública.⁶⁶

La Corte también reitera que la diligencia exigible a las instituciones financieras no es la misma que se espera de un padre de familiar. Por el contrario, la diligencia de estas entidades corresponde a un profesional de la materia que maneja recursos del ahorro privado. Por ende, a la hora de analizar la diligencia de las instituciones financieras se debe hacerlo desde el la órbita de un comerciante que es experto en la intermediación financiera.⁶⁷

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que por el riesgo social que tiene la actividad financiera se requiere que las entidades del sector guarden unas reglas fundamentales de prudencia, control y organización. Lo anterior, teniendo en cuenta que su obligación es evitar el surgimiento de daños tanto para los clientes como para la misma institución financiera, ya que en caso de que no se guarde tal compostura se compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad.⁶⁸

Este análisis de la diligencia de las instituciones financieras no es vano. Por el contrario, resulta totalmente pertinente en el análisis de cualquier producto o servicio financiero.

En el presente escrito respecto al contrato de leasing habitacional la institución financiera no responde por los vicios que pueda tener el bien de acuerdo a la cláusula contractual de exoneración de la responsabilidad, sin embargo, ello no puede interpretarse de tal forma que se obvie la diligencia de la empresa de leasing

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia con Radicado 2006-251-01, M. P. Luis Alfonso Rico, Bogotá D.C., 25 de abril de 2018. Posición que fue reiterada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 1627-2019, M. P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá D.C., 14 de mayo de 2019.

en la adquisición del activo, la cual deberá hacerse en términos razonables y acorde con los respectivos bienes.

Lo anterior no quiere decir que las entidades financieras deban inspeccionar minuciosamente los bienes que van a adquirir por instrucciones del locatario porque precisamente esa inspección de calidad e idoneidad del bien le corresponde al consumidor financiero, pero tampoco se puede llegar al extremo, de exonerar de culpa a las compañías de leasing cuando compran inmuebles o activos que, por ejemplo, no tengan las certificaciones técnicas de ocupación o cualquier otro documento de idoneidad del inmueble que pueda imponer el gobierno. De hecho, la entidad debería inspeccionar el bien para cerciorarse de que el inmueble no tiene problemas estructurales que se puedan evidenciar con una simple visita o inspección del bien.

Por ejemplo, piénsese en una casa que debe comprar la compañía de financiamiento por instrucciones del locatario, pero aquella está en riesgo inminente de colapso, lo que se puede evidenciar con una inspección del mismo, o que esté ubicada en una zona que represente un peligro de deslizamiento. En este caso, no cabe duda, que la diligencia que se le exige a las instituciones financieras conlleva a que las mismas eviten adquirir la propiedad de esos bienes porque si bien existe una instrucción del consumidor financiero, seguir dichas instrucciones podrían producir un daño al patrimonio de la entidad y del consumidor financiero. Por lo tanto, las instituciones financieras deben abstenerse de adquirir la propiedad de tales inmuebles.

Es importante volver a precisar que esta postura como se expuso anteriormente no exige que las compañías de financiamiento se vuelvan unos profesionales en la inspección de los bienes, teniendo en cuenta que ello resultaría ajeno al objeto social de las entidades. Acá lo que se reitera es que ellas deben tener un mínimo grado de diligencia en no adquirir la propiedad del activo, cuando de la misma inspección o revisión documental se puede concluir que existen riesgos de que el activo no cumpla con las finalidades y necesidades perseguidas por el consumidor financiero.

En conclusión, la diligencia de las instituciones financieras imparte la necesidad de que se comporten razonablemente, y que la operación de adquirir el activo se haga con un grado de prudencia, evitando adquisiciones que pueden representar un

peligro como se explicó anteriormente, por cuanto de ellas se predica una diligencia especial y profesional.

- **Colaboración empresarial:** la doctrina considera que los contratos de colaboración empresarial tienen una naturaleza mercantil, lo que quiere decir que son contratos que únicamente tienen su lugar en el ámbito comercial porque pretenden que los contratantes puedan unir sus recursos financieros, logísticos, tecnológicos y en general cualquier clase de recurso para abordar y explotar un proyecto que de forma individual no lo podría hacer un solo empresario.⁶⁹

1.7. MODALIDADES DEL CONTRATO DE LEASING

El contrato de leasing tiene diversas modalidades, y, a pesar de que este escrito únicamente pretende el estudio de una problemática jurídica en el leasing habitacional, se debe señalar de manera breve las distintas modalidades con el objetivo de comprender las finalidades del leasing y reflexionar como se ha expandido este contrato ante las distintas necesidades del sector empresarial, y por supuesto, aplicar la tesis de esta investigación en cualquier modalidad de leasing, por cuanto hay una estructura común del contrato. Adicionalmente, las cláusulas frente a la exoneración de la responsabilidad del bien son un factor común en cualquiera de estos contratos.

Así las cosas, la razón para mencionar las modalidades de leasing radica en que la tesis que se propone en este escrito también se aplica a cualquier modalidad del leasing financiero. Aunado a lo anterior, el estudio de las modalidades de leasing financiero cobra importancia para entender por qué el leasing habitacional se considera como una modalidad adicional del leasing financiero.

Antes de explicar cada una de las modalidades de leasing, hay que tener en cuenta que el Decreto 2555 de 2010 únicamente consagra como tales al arrendamiento financiero, al leasing habitacional bien sea destinado a la adquisición de vivienda familiar o no familiar, el leasing internacional, el leasing de exportación, el

⁶⁹ JARAMILLO DÍAZ, Alexandra. Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Reflexiones prácticas para su implementación. Revist@ E-Mercatoria, 2019, Vol. 18, No. 1. p. 1 – 12.

subleasing y el leasing en copropiedad. Las restantes modalidades de leasing han sido producto de la práctica y de las necesidades del sector empresarial.

- **Leasing financiero:** el leasing financiero es también conocido como arrendamiento financiero. Este es un instrumento jurídico y financiero que como se ha expuesto, es una nueva técnica de financiación, el cual permite que un usuario seleccione un bien y la compañía de leasing adquiera su propiedad, para posteriormente entregárselo al locatario, a cambio de un canon que contiene un sistema de amortización, pero, además, hay una opción de compra o adquisición irrevocable en favor del locatario para que él pueda adquirir la propiedad del activo.

Todas las modalidades de leasing pertenecen al género de leasing financiero, salvo el leasing operativo. Lo anterior con fundamento en que todas las especies de leasing financiero tienen en su esencia y lógica contractual que el locatario se convierta a futuro en propietario del bien a través del pago de unos cánones periódicos que van amortizando su precio para al final adquirirlo por un valor residual.

El artículo 2.2.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 ha definido al leasing financiero en los siguientes términos:

“Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.

En consecuencia, el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad”.

- **Leasing operativo:** el Decreto 2555 de 2010 califica al leasing operativo como una de sus modalidades. Por tal razón, esta figura se clasifica como una modalidad del contrato. No obstante, es un arrendamiento común porque

no existe una opción de compra en favor del locatario como lo explica el profesor Luis Gonzalo Baena.⁷⁰

En efecto, en el leasing operativo no existe la expectativa de que el locatario se convierta en propietario debido a que no se ha pactado una opción de adquisición.

En este contrato eventualmente el locatario se puede convertir en propietario del bien, pero no en ejercicio de una opción de compra irrevocable como el leasing financiero. Además, el precio del bien será el del mercado al momento de la celebración del contrato de compraventa, con la salvedad, que será un precio pleno porque en esta modalidad no se amortiza su valor durante la vigencia del contrato.

El autor Jaime Arrubla considera que esta modalidad inició por la práctica de los propios fabricantes de los equipos, en razón de que, por los altos costos, los clientes no podían adquirir la propiedad de dichos bienes. Razón por la cual, el leasing operativo nació como una alternativa para que los empresarios pudieran usar y gozar de bienes costosos.⁷¹

La doctrina señala que mediante el leasing operativo los productores pueden colocar sus bienes en el mercado. Dichos bienes como ya se anunció anteriormente se caracterizan por ser altamente onerosos, con las características de que aquellos activos son estandarizados como, por ejemplo, las calculadoras, los vehículos, los electrodomésticos, etc., sumado a que la duración del contrato es siempre inferior a la vida útil del equipo y el cliente tiene la facultad de solicitar el cambio o la restitución del mismo, siendo el fabricante el obligado al mantenimiento, pago de seguros y este asume los riesgos de pérdida y obsolescencia.⁷²

- **Leasing habitacional:** el leasing habitacional sigue siendo una especie del leasing financiero, pero su naturaleza radica en un inmueble destinado a vivienda, y a su vez, esta modalidad se clasifica en leasing habitacional destinado a vivienda familiar y a vivienda no familiar.

El leasing habitacional sin duda alguna tiene una gran importancia y trascendencia en el mercado financiero porque a través de este instrumento contractual se logra

⁷⁰ GONZALO BAENA. Op. Cit., p. 72- 78.

⁷¹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 145 – 150.

⁷² FLORES DOÑA, María De La Sierra. El Leasing Financiero Internacional en el Tratado Unidroit. [Consultado en línea]. Disponible en: https://eprints.ucm.es/1533/1/PA_LHDuque.pdf. p. 5.

que las personas puedan adquirir una vivienda propia, es decir, cumplir el sueño de toda familia.

Sobre esta modalidad se hará mayor profundización en los siguientes capítulos, como quiera que esta investigación pretende resolver un problema sobre las consecuencias jurídicas cuando el inmueble destinado a vivienda se destruye y la compañía de leasing ha pactado con el locatario que la entidad se exonera de la responsabilidad por cualquier vicio del bien.

Cabe agregar, que esta modalidad es la que mayor reglamentación tiene en el Decreto 2555 de 2010. Sin embargo, sigue siendo atípica porque la regulación es insuficiente en derechos, obligaciones y causales de terminación, ya que una simple descripción de la operación y unos reglamentos técnicos de la actividad no conlleva a que se pueda calificar como típica la figura, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia.⁷³

- **Leasing mobiliario:** en el leasing mobiliario se financia de manera exclusiva la adquisición de un activo que debe ser obligatoriamente un bien mueble, por ejemplo, un vehículo, una máquina, etc.

El leasing mobiliario no solo está estructurado para financiar bienes muebles que requieren las empresas, sino que, por el contrario, también bajo esta modalidad pueden las personas naturales financiar un mueble que necesitan, que en su gran mayoría son los vehículos automotores, como lo muestra la práctica en el mercado financiero.

El autor José Juan Ramos menciona que en esta modalidad de leasing es muy común que se estipulen cláusulas en el contrato que en caso de que el locatario no ejerza la opción de compra. En consecuencia, en lo referente a la totalidad de los gastos que conlleva la restitución como por ejemplo el desmonte y el transporte del bien deban ser asumidos por el locatario.⁷⁴

⁷³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

⁷⁴ RAMOS CAMPODARVE, José Juan. El Leasing: Un producto financiero en alza. Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria – España. 2001. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/72045532.pdf> p. 242

- **Leasing inmobiliario:** bajo esta modalidad de leasing, las compañías de leasing adquieren un bien que será exclusivamente un inmueble, el cual es seleccionado por el locatario. Posteriormente las empresas de leasing entregan el uso del bien a cambio de un canon y al finalizar el periodo contractual, el locatario puede ejercer la opción de compra y adquirir la propiedad del activo.

El leasing inmobiliario es muy común que lo requieran los empresarios para la adquisición de inmuebles que se usan en el desarrollo de distintos proyectos del sector empresarial. El leasing habitacional como especie se circunscribe al leasing inmobiliario porque el objeto del contrato es un bien inmueble.

- **Leasing sindicado:** en esta modalidad de leasing, el activo, que puede ser mueble o inmueble pertenece a dos o más empresas de leasing. El leasing sindicado es denominado por el Decreto 2555 de 2010 como leasing en copropiedad, debido a que el bien pertenece a dos copropietarios que son las dadoras.

El leasing sindicado también puede darse con entidades de financiamiento de otros países, pero en estos eventos, la normatividad financiera señala que únicamente las compañías nacionales pueden ser propietarias hasta de un quince por ciento del valor del bien.⁷⁵

Cuando el leasing en copropiedad es local, es decir, no participan entidades de financiamiento extranjeras, los porcentajes de participación no tienen ninguna restricción y prima la autonomía de la voluntad contractual de las partes de acuerdo a las necesidades de financiamiento del caso.

El leasing sindicado está diseñado para financiar activos de alto costo, en donde es necesario que otras entidades dispensen los recursos para adquirir el activo, por cuanto, si el bien no es oneroso, muy probablemente no exista interés en que las compañías conjuntamente compren el activo, ya que sería administrativamente desgastante y se obtendría una menor utilidad.

⁷⁵ Artículo 2.2.1.2.2. del Decreto 2555 de 2010. Operaciones de leasing internacional. Autorízase a las compañías de financiamiento a participar, en calidad de copropietario con compañías extranjeras en operaciones de leasing internacional realizadas entre un locatario nacional y la compañía de leasing extranjera, hasta en un quince por ciento (15%) del costo del bien.

- **Leasing apalancado:** esta figura no se encuentra regulada por el Decreto 2555 de 2010, pero tiene un desarrollo doctrinal en otras legislaciones, en donde la compañía de financiamiento no cuenta con los recursos necesarios para adquirir el activo y por ello necesita adquirir fondos financieros, que son provistos por otros intermediarios financieros⁷⁶ como los bancos, las compañías de financiamiento, las corporaciones financieras, etc.
- **Lease-back:** el lease-back o conocido también como retro-leasing es una modalidad de financiamiento que le permite a las empresas obtener liquidez inmediata mediante la venta de sus diferentes bienes, pero obteniendo con la celebración del contrato el uso y goce del bien con la opción de compra irrevocable a su favor. Es decir, las empresas pasan de ser propietarias a locatarios de los activos y al finalizar el término contractual pueden volverse a convertir en propietarias del bien pagando un valor residual del activo porque durante el contrato han amortizado su costo.

A nivel internacional esta figura se conoce como “sale and lease back” porque el cliente financiero es el mismo proveedor del bien, en virtud de que lo vende a la empresa de leasing y después se convierte en locatario del activo.⁷⁷ Por lo tanto, esta figura financiera le permite obtener liquidez sin necesidad de acudir a contratos de mutuo, aperturas de crédito, entre otros.

En palabras del autor Luis Gonzalo Baena, la esencia de esta modalidad de leasing es que el cliente se desprende de la propiedad del bien para transferirlo a la entidad de leasing y ella le entrega el activo en arrendamiento financiero.⁷⁸

Los bienes que pueden ser objeto contractual del lease-back son los inmuebles del cliente y también activos fijos productivos como equipos de cómputo, maquinaria, vehículos de carga o transporte público, tal como lo señala el artículo 2.2.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

⁷⁶ FRAILE BAYLE y MARTIN BAILE. Op. Cit., p. 61.

⁷⁷ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 84 – 86.

⁷⁸ *Ibidem.*, p. 84 – 86.

Un aspecto muy relevante a tener en cuenta, es que la normatividad financiera regula de manera expresa que la dadora debe pagarle al futuro locatario el precio del bien de contado.⁷⁹

Desde el punto de vista contable, esta modalidad de leasing es muy útil para que las empresas obtengan liquidez sin acudir a otras modalidades de crédito, bien sea porque no tienen capacidad de endeudamiento o no quieren que exista un pasivo en sus libros de contabilidad. En efecto, bajo esta figura los clientes pueden optar por vender bienes de su propiedad y asegurar que en un periodo de tiempo amortizarán el precio del activo y readquirirán la propiedad del bien.

- **Subleasing:** el subleasing también es denominado por el Decreto 2555 de 2010 como subarrendamiento financiero. Mediante esta modalidad, las entidades de leasing nacionales, es decir, aquellas que tiene su domicilio en el territorio nacional, reciben bienes que son de propiedad de compañías extranjeras con el propósito que se celebre un contrato de arrendamiento financiero a personas naturales o jurídica colombianas o a personas que tengan su residencia en Colombia.

La normatividad financiera señala que la compañía nacional debe estar expresamente autorizada por la entidad de financiamiento extranjera para poder subarrendar los bienes.⁸⁰

⁷⁹ **Artículo 2.2.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010. Reglas para la realización de operaciones.** Con el fin de que las operaciones de arrendamiento se realicen de acuerdo con su propia naturaleza las compañías de financiamiento se sujetarán a las siguientes reglas: a) Los bienes que se entreguen en arrendamiento deberán ser de propiedad de la compañía arrendadora. Lo anterior sin perjuicio de que varias compañías de financiamiento arrienden conjuntamente bienes de propiedad de una de ellas mediante la modalidad de arrendamiento sindicato. En consecuencia, las compañías de financiamiento no podrán celebrar contratos de arrendamiento en los cuales intervengan terceros que actúen como copropietarios del bien o bienes destinado a ser entregados a tal título. b) No podrán asumir el mantenimiento de los bienes entregados en arrendamientos financieros ni fabricar o construir bienes muebles o inmuebles. c) El contrato de leasing o retroarriendo sólo podrá versar sobre activos fijos productivos equipos de cómputo maquinaria o vehículos de carga o de transporte público o sobre bienes inmuebles; el valor de compra del bien objeto del contrato deberá cancelarse de contado. d) El arrendamiento no podrá versar sobre documentos de contenido crediticio, patrimonial, de participación o representativos de mercaderías, tengan éstos o no el carácter de títulos valores.

⁸⁰ **Artículo 2.2.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010. Subarrendamiento financiero (subleasing).** Las compañías de financiamiento podrán recibir de las sociedades de leasing extranjeras, bienes de leasing para ser entregados en calidad de subarrendamiento financiero, a personas domiciliadas o

- **Dry-leasing y Wet-leasing:** estas dos modalidades de leasing aplican para el sector aeronáutico, especialmente para la financiación en la adquisición de aeronaves. El Wet-leasing está diseñado para financiar el uso de la aeronave y todo lo relacionado con los costos de la tripulación, el mantenimiento tanto preventivo como correctivo de la aeronave y el valor de los distintos seguros que exige la normatividad aeronáutica.⁸¹

Por su parte, el Dry-leasing únicamente tiene como objeto la financiación de la aeronave, pero todos los costos relacionados con la tripulación, los mantenimientos y el pago de los seguros son asumidos por las aerolíneas.⁸²

Estas dos modalidades de leasing han sido claves en el sector aeronáutico porque han apalancado a diversas aerolíneas que requieren financiamiento para el desarrollo de sus actividades de transporte tanto de personas como de mercancías.

- **Leasing de infraestructura:** esta modalidad de leasing responde a la necesidad de financiar grandes proyectos de infraestructura en distintas ramas de la economía como los sectores de transporte, telecomunicaciones, plantas de energía, plantas de agua, entre otros.

Bajo esta figura las empresas de leasing financian la adquisición de activos con vocación de renta para poder desarrollar y ejecutar diferentes proyectos de infraestructura, que por su alto costo requieren que una entidad de financiamiento adquiera el activo y se lo entregue al locatario, para de esta forma poder construir las carreteras, la infraestructura vial, las plantas hidroeléctricas, satélites, etc.

Cabe señalar, que el leasing de infraestructura también ha sido utilizado por distintos concesionarios y el término de duración del contrato por regla general es de mediana a larga duración.

residentes en Colombia. En este evento, la compañía de financiamiento deberá estar expresamente autorizada por la sociedad de leasing extranjera para entregar el bien en subarriendo.

⁸¹ CASTELLANOS RUÍZ, María José. Contratos internacionales de leasing de grandes aeronaves civiles. Cuadernos de Derecho Transnacional - Universidad Carlos III de Madrid. 2016, vol. 8, no. 2, p. 92-203.

⁸² Ibidem., p. 92 – 203.

El leasing de infraestructura no solo se limita a inmuebles sino también a distintos activos como maquinaria especializada, vehículos de construcción, equipos de perforación y cualquier clase de bien que sea necesario para el respectivo proyecto.

- **Leasing internacional:** el leasing internacional está diseñado para financiar activos de alto costo, se denomina como internacional porque el cliente y la entidad de leasing tienen sus domicilios en diferentes países.

Se descarta que personas naturales puedan acceder al leasing internacional por la misma naturaleza de la figura jurídica, teniendo en cuenta que los mismos costos y trámites administrativos conllevan a que sean grandes empresarios organizados, como las sociedades las que acuden a esta modalidad de leasing.

Bajo la modalidad de leasing internacional puede estar el leasing de infraestructura, por ejemplo, en donde una sociedad dadora tiene su domicilio por fuera del país y financia a un locatario que tiene su domicilio en Colombia y que requiere el activo para desarrollar un proyecto altamente oneroso.

- **Leasing de importación:** mediante el leasing de importación se pueden adquirir bienes que el locatario requiere y que el proveedor de los mismos está por fuera del país y por tal razón se necesita la importación del bien.

El leasing de importación no solo conlleva la financiación del activo, sino también el pago de los distintos impuestos que de acuerdo al régimen de aduanas se deban pagar en favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en el caso colombiano. En esta modalidad de leasing si bien la empresa de leasing paga las tasas aduaneras, estas son cargados en los cánones que debe pagar el cliente porque son un costo financiero del contrato.

El leasing de importación no es una modalidad de leasing internacional porque tanto la dadora como el locatario tienen su domicilio en el territorio nacional, y el único que tiene el domicilio por fuera del territorio es el proveedor del bien.

Es indispensable que la compañía de financiamiento en el contrato de compraventa con el proveedor estipule un pacto arbitral para dirimir las controversias mediante la jurisdicción arbitral y no ordinaria, puesto que sería poco recomendable que en caso

de defectos del bien haya que acudir a jurisdicciones desconocidas por parte del locatario o de la entidad de leasing.

Cuando se adquieren activos de proveedores que no tienen domicilio en Colombia es importante que los contratos de compraventa sean totalmente claros frente a las garantías y responsabilidades del fabricante del bien por cualquier imperfecto que pueda tener el activo, máxime cuando un litigio por esta causa sería totalmente oneroso y desgastante para las partes.

- **Leasing de exportación:** el contrato de leasing de exportación tiene como finalidad cualquier tipo de bien mueble que se van a exportar a otro país. Es decir, el cliente tiene su domicilio por fuera del territorio nacional, pero la entidad de financiamiento si tiene domicilio social en el país.

Lo importante que debe tenerse en cuenta para diferenciar un leasing de exportación es que la entidad de leasing debe estar domiciliada en Colombia, y un locatario con domicilio por fuera de Colombia está interesado en que se exporte ese activo con el factor plus de la financiación del bien.

El leasing de exportación es a su vez una modalidad de leasing internacional por cuanto el domicilio del locatario y de la empresa de leasing se ubican en diferentes países.

Con respecto a la regulación legal, el Decreto 2555 de 2010 señala que el leasing de exportación debe sujetarse al régimen de cambios internacionales, y, además, el Decreto establece que cuando no se ejerza la opción de compra, el régimen de exportación debe ser mediante la modalidad de exportación temporal para reimportación en el mismo Estado, y dicha reimportación deberá llevarse a cabo dentro de un plazo de seis meses, que se cuentan a partir de la finalización del término establecido en el contrato de leasing.

1.8. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LEASING

El leasing es un instrumento contractual que tiene plena autonomía e independencia de todos los demás contratos que existen, esto se justifica en que el leasing posee una particularidad funcional especial, es decir, satisface una necesidad económica que no lo logra hacer ningún otro contrato.

La doctrina frente a este punto debate si en verdad el leasing es un contrato autónomo, o, por el contrario se adecua a los instrumentos contractuales tipificados por el legislador.⁸³ La postura en este escrito, es que el leasing es un contrato totalmente autónomo, que, a pesar de no tener una regulación especial por el legislador, tiene un pleno desarrollo práctico por parte del sector financiero, no obstante, es oportuno estudiar con cuales contratos tiene similitudes, para concluir que el leasing contiene unas particularidades únicas que lo permiten calificar como un contrato autónomo e independiente.

En efecto, teniendo de presente la particularidad funcional que cumple el leasing, aquel contrato es autónomo e independiente de los demás contratos tipificados, no obstante, no tiene regulación legal, es decir, en la legislación colombiana no se ha regulado este contrato, por lo que necesariamente hay que calificarlo como contrato atípico.

El profesor Jaime Arrubla también sostiene que el leasing es un contrato atípico por su función económica, las finalidades que persiguen los contratantes y sus características especiales, por lo que a juicio de este autor el contrato es autónomo, complejo y atípico.⁸⁴

De la misma manera, el escritor José Juan Ramos concibe al leasing como un contrato mercantil atípico, además de ser una nueva fórmula de financiación que ofrece el mercado.⁸⁵

La autora María Elisa Camacho de igual forma señala que de acuerdo a la posición jurisprudencial colombiana, el leasing es un contrato atípico, por cuanto las normas que existen en el ordenamiento jurídico no regulan a la figura propiamente dicha, sino que por el contrario están enfocadas en el ámbito regulatorio de la actividad desde un enfoque del órgano de supervisión.⁸⁶

Es importante precisar que el leasing sí tiene reconocimiento legal en Colombia, en especial, en el Decreto 2555 de 2010. Por ende, este contrato es nominado porque la normatividad le ha reconocido una denominación específica que es leasing en

⁸³ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 150 – 159.

⁸⁴ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 159 – 160.

⁸⁵ RAMOS CAMPODARVE. Op. Cit., p. 232.

⁸⁶ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. 2005, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 4, no 1, p. 10.

sus diversas modalidades, algunas de ellas contienen una descripción de su operación en el Decreto en mención, mientras que otras serán producto de la regulación que las mismas partes bajo su principio de la autonomía de la voluntad decidan darles.

Aunque la postura de esta investigación sea calificar al leasing como un contrato atípico, hay que mencionar que un sector de la doctrina considera que el leasing es un contrato típico porque la operación tiene cierta regulación en normas como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Decreto 913 de 1993, hoy compilado en el Decreto 2555 de 2010.⁸⁷ Sin embargo, se debe aclarar, que estas normas regulan cuestiones técnicas y operativas, pero no contienen una regulación de los derechos, de las obligaciones, de las causales de terminación, de la responsabilidad de las partes, por lo que no es acertado considerar al leasing como un contrato típico porque el ordenamiento no le ha otorgado un tratamiento jurídico especial.

Con relación a las normas que regulan a la actividad y no al contrato, se debe destacar que lo regulado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es la autorización a los establecimientos bancarios y a las compañías de financiamiento para celebrar contratos de leasing. Por parte del Decreto 2555 de 2010, el cual ha sido denominado como el Decreto Único del Sistema Financiero, frente a la regulación del contrato de leasing se limita a indicar cuál debe ser la concentración de riesgos, la prioridad que tienen los deudores de vivienda que hayan entregado sus inmuebles en dación de pago y otros aspectos que únicamente se limitan a regular la actividad en el sector financiero. Este Decreto también define la operación de arrendamiento financiero, leasing internacional, leasing de exportación, subleasing, leasing en copropiedad, pero la norma se abstiene de regular al contrato como tal. Con respecto a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la parte II, título I, capítulo V se establecen una serie de conductas que deben atender las entidades de leasing, como, por ejemplo, la determinación con exactitud de la destinación de los prepagos que se exijan a los clientes.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia también califica al leasing como un contrato atípico bajo los argumentos de que el legislador no se ha encargado de otorgar un tratamiento normativo completo al contrato,

⁸⁷ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 159.

porque si bien hay normas que describen la operación y sus características, no existe regulación autónoma del contrato de manera suficiente, lo que conlleva a que el leasing se tenga que considerar como un contrato atípico.⁸⁸

Que el contrato se catalogue como atípico tiene una consecuencia muy particular y es que su regulación será la estipulada por las partes, y únicamente el intérprete podrá acudir a otras figuras legales por analogía cuando existan vacíos en el contrato, porque en caso contrario, habrá que atenerse a lo estipulado en el contrato, lo que no insta, a que no se pueda reconocer los presupuestos de ineficacia de cualquier cláusula que sea abusiva en el contrato.

En conclusión, sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing, es necesario subrayar que la postura de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica desde el año 2001, respecto a señalar que es un contrato atípico y que su interpretación debe estar a lo expresamente dispuesto por las partes.

1.9. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING

En el contrato de leasing independiente de sus modalidades deben distinguirse dos etapas en la operación. La primera de ella es la fase precontractual, la cual sienta las bases del contrato de leasing, y la segunda fase es la contractual, en donde tiene lugar la celebración, ejecución del contrato y el cumplimiento de las diferentes prestaciones a las que se han obligado las partes.

1.9.1. Fase precontractual

En la fase precontractual existe la necesidad de una persona natural o jurídica de adquirir un bien, que puede ser mueble o inmueble, pero dicha persona no tiene la capacidad de pago para comprarlo directamente, y también podría ocurrir que no tenga capacidad de endeudamiento. Esto quiere decir que la persona necesita que a través de la figura del leasing que se le financie la adquisición de un activo.

⁸⁸ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

Dicho en otras palabras, en la fase precontractual hay una necesidad de adquisición de un activo y es este el primer paso que podría dar origen a un futuro contrato de leasing.

Una vez el sujeto reconoce la necesidad, tiene que buscar el activo, y encontrar un proveedor que suministre el bien con las características que necesita para desarrollar su actividad empresarial o personal.

Cuando la persona ha identificado su necesidad y el bien que necesita, debe buscar una empresa de leasing que esté interesada en ofrecerle el servicio de financiamiento. En esta fase se hace un estudio de la operación pretendida y se pueden establecer las bases del contrato de leasing. Además, hay un estudio riguroso por parte de la entidad de leasing sobre la capacidad de pago del futuro locatario, porque únicamente cuando existe capacidad de pago se puede adquirir el activo que ha seleccionado el cliente y después entregárselo a título de tenencia con la opción de compra irrevocable a su favor.

Posteriormente, y en firme el estudio de la posibilidad de pago del futuro locatario, la empresa de leasing debe prepararse tanto financiera como jurídicamente para adquirir la propiedad del activo a su nombre debido a que ella será la única propietaria del bien durante la vigencia del contrato, y en el momento que el cliente ejerza la opción de compra se le transfiere la propiedad.

Es común, que el leasing se lleve a cabo en proyectos inmobiliarios. Por lo tanto, la compañía de leasing tendrá que pagar los anticipos necesarios en favor del proveedor del bien, para posteriormente adquirir la propiedad del activo.

En la fase precontractual es usual que las entidades de financiamiento calculen un canon inicial que debe pagar el futuro locatario. Es decir, las instituciones no financian el 100% del valor del bien, por lo que el locatario debe pagar un canon especial que se denomina canon inicial al momento de suscribir el contrato. Es pertinente aclarar, que este canon inicial puede reflejarse de dos formas, con un menor valor de los cánones periódicos, o con un menor valor de la opción de compra, siendo esta última la más probable.

La exigencia de un canon inicial busca reducir posibilidades de incumplimiento del deudor y por razones de tipo económico es muy poco común que las entidades autorizadas logren financiar la totalidad del precio del activo. De hecho, en la

modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar existe una restricción legal para que se financie más del 70% del valor del inmueble, y cuando se trata de vivienda de interés social, la financiación podrá llegar hasta el 80%, conforme lo señalado por el artículo 8 del Decreto 3760 de 2008, que se aplica por remisión expresa del artículo 2.28.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

Esta etapa precontractual tiene un aspecto que debe destacarse en relación con la facultad del locatario de seleccionar el bien, limitándose la institución financiera a adquirirlo a su propio nombre. Razón por la cual, la empresa de leasing debe acatar las instrucciones que le ha manifestado su cliente, ya que la adquisición del bien debe necesariamente responder a las necesidades y deseos del cliente. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de diligencia de la empresa de leasing que se expuso a lo largo de este capítulo.

En consecuencia, el futuro locatario debe ser altamente diligente en averiguar las características del bien que será el objeto del contrato de leasing, porque la institución financiera adquirirá el bien de acuerdo con las instrucciones del locatario y se limitará a dispensar los recursos necesarios para su adquisición.

1.9.2. Fase contractual

En la fase contractual se da el cumplimiento de las distintas prestaciones de las partes y durante la vigencia del mismo se amortiza el valor del activo mediante un sistema establecido en el contrato de leasing, para que, al vencimiento del contrato, el locatario pueda ejercer la opción de compra y se convierta en el propietario pagando un valor residual.

Esta etapa contractual se caracteriza por la suscripción del contrato. En el contrato quedan consignadas las distintas obligaciones y eventualidades que puedan surgir en la ejecución del mismo.

Sería muy extraño los casos en donde no se regulan las distintas situaciones que pueden ocurrir en la vigencia del contrato, máxime cuando es un contrato atípico y que, por ende, requiere que las partes estipulen la regulación del contrato para evitar situaciones de inseguridad jurídica.

Después de la suscripción del documento, la empresa de leasing adquiere y entrega el bien libre de cualquier gravamen o afectación al locatario, para que este pueda

darle el uso que se haya pactado en el contrato. Aunado a lo anterior, el cliente debe conservar y cuidar la cosa, lo cual incluye el pago de seguros, impuestos, cuotas de administración, entre otros.

Muy a pesar de que la propietaria del activo es la entidad de financiamiento, todas las obligaciones que debería asumirlas como el pago de tasas, contribuciones, impuestos, se trasladan al locatario en virtud de compromisos que contractualmente el locatario adquiere. Sobre esto, distintos autores han considerado que se trata de prácticas abusivas.⁸⁹ No obstante, en la actualidad, la práctica del sistema funciona de esta forma y no se ha reconocido por parte de los órganos de supervisión o de administración de justicia que dichas cláusulas estén afectadas de ineficacia por ser abusivas.

Si bien las entidades autorizadas son quienes tienen la titularidad de la propiedad del activo, no se puede obviar que el leasing es un sistema de financiación de un bien, por lo cual, tampoco resulta ilógico que el locatario asuma el pago de obligaciones que en principio le corresponderían al propietario por la naturaleza del leasing, en donde la empresa de leasing únicamente actúa como dispensadora de recursos y no tiene interés alguno en conservar la propiedad del bien después del contrato. Lo anterior, teniendo en cuenta que su interés radica en que el locatario pague los cánones con el sistema de amortización y sus tasas de interés, y obviamente pague el valor de la opción de compra para que la propiedad del bien se transfiera al cliente.

Sostener lo contrario, implicaría modificar la naturaleza de financiación del contrato de leasing porque para las empresas de leasing no es útil poseer activos requeridos por el locatario en momentos posteriores a la finalización del contrato, por cuanto su actividad es dispensar recursos y obtener una contraprestación que se materializa mediante el pago de las tasas de interés.

⁸⁹ ARRIETA BLANQUICETT, María Cristina. Obligaciones a cargo del locatario en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, que no guardan relación con su calidad de tenedor. *Revist@ E-Mercatoria*. 2015, vol. 14, no. 1. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.04>

1.10. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El leasing al ser un contrato bilateral tiene obligaciones tanto para el locatario como para la compañía de leasing. En este sentido, también nacen derechos en favor de cada una de las partes.

A continuación, se explicarán las principales obligaciones de las partes que surgen producto del contrato, haciendo la salvedad, que las mismas se deducen de la naturaleza del contrato y las que la práctica del sistema financiero ha impuesto al mercado del leasing conforme a la revisión de contratos que celebran las entidades autorizadas en Colombia. No obstante, no se abordarán obligaciones específicas que pueden variar dependiendo de la modalidad de leasing, teniendo en cuenta que aquellas se estipulan de acuerdo a cada caso en concreto.

1.10.1. Obligaciones de la empresa de leasing

La dadora debe honrar las siguientes obligaciones durante la vigencia del contrato, so pena de incumplir y tener que indemnizar al locatario por los perjuicios que su comportamiento pueda generar:

- **Obligación de información:** las entidades bancarias y las compañías de financiamiento están obligadas a brindar información clara, suficiente y transparente del producto financiero, además, deben explicarle al locatario la naturaleza del contrato y de las distintas obligaciones que tiene que cumplir, de acuerdo a lo establecido por las normas de protección al consumidor financiero.⁹⁰

La obligación de información es un deber transversal a los distintos productos financieros que ofrecen las entidades que integran dicho sector. Por ende, el leasing es objeto de protección en cuanto a la información que el cliente necesita conocer, para que él pueda decidir si celebra el contrato o por el contrario busca otras modalidades de financiación con la misma entidad o con otras diferentes.

⁹⁰ Artículo 3 de la Ley 1328 de 2009. **PRINCIPIOS.** Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: [...] C. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permite, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establezcan con las entidades vigiladas.

- **Obligación de adquirir el bien:** la empresa de leasing tiene que adquirir el bien al proveedor que ha seleccionado previamente el locatario, por lo que no puede apartarse de las expresas instrucciones que le ha manifestado su cliente. Es decir, la entidad de leasing no puede cambiar ni el bien ni tampoco el proveedor, así sean iguales o cumplan características similares.

Este punto es importante, porque la empresa de leasing se comporta como una financiadora de la adquisición del activo, por lo que no tiene la capacidad de elegir al bien ni al proveedor, limitándose únicamente a adquirir el bien seleccionado.

Lo anterior, no insta, para que la dadora dentro de su grado de diligencia profesional consulte el estado jurídico del bien, porque su obligación también radica en entregar el bien libre de cualquier gravamen. En este sentido, la empresa de leasing tiene la carga de celebrar el contrato y adquirir la propiedad del bien.

- **Obligación de entregar el bien y garantizar su goce pacífico:** la institución financiera debe entregarle el bien al locatario para el uso que se haya pactado en el contrato de leasing. La entrega del bien debe ser libre de cualquier gravamen. Por lo tanto, no puede existir sobre el bien hipotecas, embargos, garantías mobiliarias, entre otras.

También la empresa de leasing está obligada a garantizar el goce pacífico del bien, lo que significa, que debe garantizar que su cliente no será perturbado en el goce del bien por parte del proveedor o cualquier tercero con mejor derecho.

La obligación de garantizar el goce pacífico tampoco se extiende a proteger al locatario de terceros que impidan el goce del bien, por ejemplo, terceros que hacen ruidos o cualquier otro acto que afecte la convivencia, puesto que será el locatario el que tenga que acudir a las acciones policivas y civiles a que haya lugar.

- **Obligación de transferir la propiedad cuando se ejerce la opción de compra:** la empresa de leasing está obligada a transferir la propiedad del activo cuando el locatario ejerce la opción de compra y paga el valor residual que se haya pactado en el contrato.

Cuando se ejerce la opción de compra, el locatario se convierte en el propietario del bien, que es por regla general, el mecanismo de terminación del contrato y ocurre cuando finaliza el periodo de tiempo acordado entre las partes.

Contractualmente las partes son libres de establecer quien asume los costos que genere la transferencia de la propiedad como los gastos de escritura y de registro, siendo el locatario el que asume tales rubros en virtud de las cláusulas que redactan las empresas de leasing.

1.10.2. Obligaciones del locatario

El locatario también debe cumplir una serie de obligaciones en favor de la empresa de leasing, puesto que, de lo contrario, se genera un incumplimiento y se puede terminar el contrato, con la facultad de exigir el pago de la cláusula penal o los perjuicios ocasionados.

A renglón seguido se explican las principales obligaciones del locatario en el contrato de leasing, lo que aplica independiente de la modalidad seleccionada.

- **Recibir el bien:** el locatario ha seleccionado el bien y está obligado a recibir su tenencia para poder ejercer el uso y goce de acuerdo a lo pactado en el contrato o de acuerdo a la naturaleza del bien. Esto impide que el locatario se pueda arrepentir del bien, puesto que una vez se perfecciona el contrato, el locatario deberá recibir el bien, siempre y cuando el mismo sea el seleccionado previamente en la etapa precontractual por el cliente.
- **Pagar los cánones pactados:** una de las principales obligaciones que por excelencia tiene que cumplir el locatario es el pago del canon inicial (cuando exista que es en la mayoría de los casos) y también pagar dentro de los términos establecidos los cánones periódicos que amortizan el precio del activo y que además son la contraprestación por el uso y goce del bien.

El incumplimiento en el pago de los cánones produce la terminación del contrato y también conlleva a que la empresa de leasing pueda hacer efectiva las distintas garantías que se hayan constituido para respaldar la operación.

- **Cuidar y conservar el activo:** el locatario al tener la custodia material del bien debe cuidarlo con diligencia. Por lo tanto, se obliga a usar el bien de acuerdo a lo pactado en el contrato.

El autor Jaime Arrubla considera que el locatario responde hasta por la culpa leve porque el contrato beneficia a ambas partes⁹¹, lo que es correcto teniendo en cuenta que el artículo 1604 del Código Civil así lo regula. Dicho artículo señala que los deudores, en este caso, el locatario, deben responder hasta por la culpa leve cuando existe beneficio recíproco, como efectivamente sucede en el leasing

No obstante, hay que aclarar, que hasta responsabilidad se puede modificar contractualmente y el locatario por virtud de una estipulación en el leasing se puede hacer responsable hasta de la culpa levísima.⁹²

- **Realizar las reparaciones necesarias y locativas:** las entidades de leasing en Colombia han decidido incluir en sus contratos que los locatarios asuman directamente la obligación de realizar las reparaciones necesarias y locativas del bien que es el objeto contractual del leasing, sin poder exigir ningún reconocimiento económico por ello.

Hay que tener en cuenta que aplicando por analogía las normas que disciplinan el contrato de arrendamiento, los tenedores únicamente están obligados a las reparaciones locativas conforme a lo establecido por el artículo 1998 del Código Civil. Valga la pena aclarar, que, de acuerdo a la norma en mención, las reparaciones locativas son aquellas que se producen de manera ordinaria en el bien, teniendo su origen en la culpa del arrendatario o sus dependientes, como, por ejemplo, el rompimiento de ventanas, daños en paredes, baños, etc. Por el contrario, las reparaciones necesarias le corresponden al arrendador. Sin embargo,

⁹¹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 187.

⁹² Artículo 1604 del Código Civil: El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

como lo regula el artículo 1985 del Código Civil, por autonomía de la voluntad contractual se puede imponer que el arrendatario asuma las reparaciones necesarias y locativas.

Una vez habiendo revisado la normatividad del contrato de arrendamiento frente a las reparaciones en sus dos modalidades, es jurídicamente viable que se imponga al locatario asumir con su propio patrimonio las reparaciones tanto necesarias como locativas. Lo anterior, tiene su razón de ser, en que este contrato tiene como vocación que el locatario a futuro adquiera la propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra, y también por la finalidad netamente de dispensación de recursos financieros del contrato de leasing. Esto permite entender que mal haría una empresa de leasing en asumir las reparaciones cuando su objeto no es el bien en sí mismo, sino por el contrario, la financiación de un bien para obtener una contraprestación en la tasa de interés y en el sistema de amortización del activo.

- **Adquirir y pagar los seguros:** con el propósito de evitar los riesgos de destrucción o pérdida del activo se exige que el locatario adquiera y pague la prima de los distintos seguros que van a amparar los riesgos a los que se exponga el bien de acuerdo con la normatividad y con el contrato de leasing.

Esta obligación es muy importante porque conlleva a que los riesgos a través de un contrato de seguro se trasladen a una compañía de seguros, que en caso de se materialicen, la aseguradora será la encargada de asumir con su propio patrimonio las reparaciones a que haya lugar o dependiendo del siniestro se pague el valor asegurado por las partes.

Al respecto, como se explicó anteriormente, no se puede olvidar, que el locatario también tiene interés asegurable en el bien. Por lo tanto, una vez se reciba la indemnización, se debe aplicar al saldo que adeuda el locatario a la empresa de leasing, incluido el precio del bien, y lo sobrante hay que entregárselo al locatario, porque de lo contrario, la entidad de leasing se estaría lucrando de manera injustificada, lo que constituirá un enriquecimiento sin justa como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.⁹³

⁹³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC9446-2015, M. P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá D.C., 22 de julio de 2015.

- **Restituir el bien cuando no se ejerce la opción de compra:** cuando el locatario no ejerce la opción de compra, porque precisamente es un derecho y no una obligación, debe restituir el bien a la empresa de leasing al momento de terminar la vigencia del contrato.

Lo común es que el locatario se convierta en propietario mediante el ejercicio y pago de la opción de compra. Pero en algunos eventos porque el locatario no tiene la plata suficiente para pagar la opción de adquisición o porque no está interesado en adquirir la propiedad puede decidir restituir el bien al terminar el periodo pactado en el contrato.

La restitución del bien debe darse en el mismo estado en que le fue entregado, salvo los deterioros que son normales por el transcurso del tiempo y por el uso del bien.

Al haberse amortizado durante el contrato el precio del activo, la empresa de leasing se encuentra obligada a liquidar el contrato y hacer la devolución respectiva de las amortizaciones pagadas porque el locatario no ejercerá la opción de compra. Esto quiere decir, que no hay razón de retener las amortizaciones. Por lo tanto, la entidad únicamente podrá obtener el pago de los cánones y de las tasas de intereses, pero no la amortización porque no se va a adquirir la propiedad.

Un aspecto práctico que merece ser mencionado es que únicamente en los contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar tienen regulación legal para la devolución de las amortizaciones cuando el locatario no ejerce la opción de compra o hay una terminación anticipada. No obstante, todas las modalidades de leasing tienen derecho a la devolución de las amortizaciones cuando el locatario no ejerce la opción de compra, ya que lo contrario equivaldría a aceptar un enriquecimiento sin justa causa de la empresa de leasing porque se amortizaría un activo y no se adquiriría su propiedad, produciendo que la empresa de leasing obtenga un provecho injustificado.

1.11. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO PRIMERO

En conclusión, sobre este primer capítulo, el contrato de leasing habitacional es una modalidad de leasing financiero, en donde existen dos partes. Por un lado, la institución de financiamiento, y, por otra parte, el locatario, quien tienen el interés en recibir la financiación del inmueble.

Al ser el contrato de leasing un nuevo mecanismo de financiación como se deduce de sus antecedentes históricos, las cláusulas de exoneración de la responsabilidad son razonables. La razonabilidad se sustenta bajo el entendido que la institución financiera no tiene ningún papel en la selección del inmueble, y, por el contrario, es el locatario quien se encarga de seleccionar al inmueble y su proveedor, limitándose la institución financiera a dispensar los recursos necesarios para la adquisición del activo requerido por el cliente.

La existencia de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las instituciones financieras son una práctica común en el mercado, y aquella se incorpora en todos los contratos de leasing financiero.

Esta situación indica, que todos los riesgos y beneficios del inmueble se trasladan del propietario al locatario por la esencia del contrato y por su finalidad económica. Es decir, los riesgos que debería asumir la entidad de leasing como propietaria del activo se trasladan al locatario en virtud de estipulaciones contractuales.

La naturaleza jurídica del contrato de leasing se sintetiza en la atipicidad contractual, por no tener un tratamiento jurídico específico en la Ley. A pesar de que el contrato tiene ciertas semejanzas con otros instrumentos contractuales, la particularidad funcional y económica conllevan a que el contrato se califique como autónomo, independiente y atípico.

De igual forma, el locatario en la etapa precontractual se encarga de seleccionar el inmueble. Por lo tanto, se le exige una alta carga de diligencia, sin obviar que la entidad de financiamiento también debe tener un grado de profesionalismo en la adquisición del inmueble, teniendo en cuenta el grado de diligencia que se le exige a las instituciones financieras.

Al haber finalizado el estudio las generalidades del contrato de leasing, es necesario abordar lo que debe entenderse por contrato de leasing habitacional, cuáles son sus dos modalidades, las razones por las que no se puede sostener que sea un contrato típico, cuáles teorías sirven para regular la atipicidad del contrato de leasing habitacional, haciendo énfasis en la escala o graduación normativa que debe sujetarse esta modalidad de leasing. Además, es importante entender por qué el principio de la autonomía de la voluntad contractual juega un papel esencial en los contratos atípicos, específicamente, en su relación con las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las entidades de financiamiento por los vicios del inmueble.

Los anteriores temas serán abordados en el segundo capítulo de este escrito de investigación.

2. CAPÍTULO SEGUNDO

2.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO SEGUNDO

En el capítulo segundo se estudiará a profundidad la definición del contrato de leasing habitacional, en sus dos modalidades, y, además, sus elementos esenciales para que nazca a la vida jurídica. De igual forma se explicará la necesidad de que los elementos esenciales permanezcan durante la vigencia del contrato, y cuál es la consecuencia jurídica cuando hay una desaparición sobrevenida de un elemento esencial del contrato.

Por otra parte, en este capítulo se expondrá que el leasing habitacional es un contrato atípico, haciendo énfasis en cuáles teorías deben aplicarse para regular los contratos atípicos, con lo cual se puede integrar el respectivo contrato para encontrar soluciones jurídicas frente a problemas que pueden tener lugar en el contrato.

El estudio de la atipicidad del contrato y las fuentes del derecho de estos instrumentos contractuales es relevante, en el sentido de que la solución jurídica debe tener un sustento legal. En consecuencia, las teorías doctrinales se pueden aplicar para resolver un problema jurídico solamente en los casos en que la legislación positiva autoriza la aplicación de una determinada teoría.

En Colombia, por disposición de la Ley 153 de 1887, la teoría de la analogía es el instrumento hermenéutico que los operadores judiciales deben aplicar cuando hay un vacío en el contrato, y no existe norma jurídica aplicable al caso en concreto.

Siguiendo la misma línea argumentativa, en este segundo capítulo se define la graduación normativa para regular el contrato de leasing habitacional, en donde se estudian las normas de orden público, las estipulaciones de los contratantes, las normas de la teoría general de las obligaciones, la analogía de las normas, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina como fuentes para dirimir vacíos jurídicos en el leasing habitacional.

La práctica del mercado financiero frente al leasing habitacional tiene una cláusula que exonera de responsabilidad a las instituciones financieras por los vicios del

inmueble,⁹⁴ produciendo que el locatario asuma el riesgo. Por lo tanto, deberá primar esta estipulación contractual frente a cualquier otra norma que pueda aplicarse por analogía al leasing, ya que a esa conclusión se llega mediante la graduación normativa.

Dentro del estudio de este capítulo, es necesario abordar la vivienda digna y su relación directa con el leasing habitacional. Adicionalmente, en este capítulo se explica por qué las entidades de financiamiento tienen cierto grado de diligencia en garantizar que se pueda satisfacer el concepto de vivienda digna a través del instrumento de financiación del leasing habitacional.

Finalmente, el capítulo segundo de esta tesis cierra con el objeto y la causa del contrato de leasing habitacional. Respecto a la causa del contrato, aquella está directamente relacionada con la financiación de un inmueble. Razón por la cual, no puede existir una desaparición sobrevinida de la causa por la destrucción del inmueble, teniendo en cuenta que la causa no se relaciona con el disfrute de la cosa, sino por el contrario, con la facultad de recibir la financiación del bien por parte de una empresa de leasing.

2.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL

El leasing habitacional es una figura jurídica contractual que está destinada para financiar la adquisición de vivienda propia. A este contrato acuden las personas que tienen el interés de adquirir la propiedad de los inmuebles. Al estar involucrado el concepto de vivienda y por ser esta una política pública de los diferentes Estados, se requiere un análisis profundo de este instrumento contractual con el propósito de comprender su finalidad y esencia.

Antes de definir este contrato, es importante contextualizar que las distintas familias en cualquier Estado necesitan de una vivienda para poder satisfacer sus necesidades personales. Por tal razón, la vivienda se convierte en una necesidad principal de las personas; es así como todas las políticas y las regulaciones del Estado, incluyendo claramente las figuras contractuales, deben buscar que se materialice la posibilidad real de que las familias puedan adquirir o gozar de una vivienda digna. Esta necesidad se puede satisfacer bien sea mediante créditos

⁹⁴ A esta conclusión se llega en este Escrito de Investigación de acuerdo a la revisión de contratos de leasing celebrado por entidades autorizadas en el ordenamiento jurídico colombiano.

hipotecarios, ayudas estatales, contratos de arrendamiento o a través de nuevas modalidades de financiamiento como el leasing habitacional.

El contrato de leasing habitacional recibe dicha denominación porque precisamente recae sobre un inmueble que tiene como vocación que los usuarios lo destinen para habitación. Los locatarios tienen la alternativa de usar directamente el bien o entregar nuevamente su tenencia mediante un contrato de arriendo, pero en todo caso, se satisface en cualquiera de las dos opciones la necesidad de vivienda.

Por medio del leasing habitacional que es una especie del leasing financiero como se explicó en el capítulo primero, los usuarios de forma autónoma e independiente seleccionan un inmueble que puede ser una casa o un apartamento, y, además también eligen al constructor o proveedor del bien. Dicha elección se caracteriza porque el futuro locatario de acuerdo a sus necesidades tanto personales, como familiares y laborales escoge un inmueble con una ubicación, características de tamaño, antigüedad, valorización y otras variables que van a satisfacer su necesidad de vivienda. Cabe volver a reiterar, que el activo será el objeto contractual del leasing habitacional.

Una vez el usuario ha elegido el inmueble, la empresa de leasing debe adquirir su propiedad con la finalidad de que se puede ejecutar esta modalidad de financiamiento. La operación consiste en que la dadora entrega la tenencia del activo durante un periodo de tiempo estipulado en el contrato, para que el locatario pueda habitarlo, a cambio de una contraprestación denominada cánones. Estos cánones se caracterizan por contener un sistema de amortización del bien, con el objetivo de que el locatario al terminar la vigencia del contrato tenga la facultad de adquirir la propiedad del inmueble mediante el ejercicio de la opción de compra, a través del pago de un valor residual.

La destinación del inmueble siempre debe ser de vivienda, independientemente de que el locatario esté obligado a habitarlo en el caso del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, o que el locatario pueda a su vez subarrendar total o parcialmente el bien cuando se está ante la figura de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar.

Doctrina especializada señala que en el contrato de leasing habitacional hay dos negocios jurídicos que se unen en uno solo. Por un lado, el contrato de arrendamiento, en vista de que el locatario durante la vigencia del contrato

únicamente es tenedor del bien, y, por otro lado, está la promesa unilateral de compraventa de la dadora, a través de la cual se puede adquirir la propiedad del inmueble.⁹⁵

Con respecto a la regulación legal, el Decreto 2555 de 2010 únicamente describe la operación de leasing habitacional en sus dos modalidades. Sin embargo, no establece una definición para comprender el alcance del contrato. Por estos motivos, esta especie de leasing como cualquier modalidad de leasing es atípica en la legislación colombiana y será la regulación que estipulen las partes la que por excelencia regirá y gobernará el contrato.

Los elementos esenciales del contrato de leasing habitacional en sus dos modalidades son los mismos del leasing financiero que se expusieron en el primer capítulo de esta tesis, como quiera que la modalidad de leasing financiero tiene una misma estructura y finalidad. Por ende, no existe ningún motivo que justifique elementos diferentes en el contrato.

Estos elementos esenciales se resumen a continuación:

1. La entrega de un bien inmueble para que el locatario y su familia puedan habitarlo.
2. Los cánones periódicos que debe pagar el usuario en favor de la empresa de leasing, que contienen un sistema de amortización del inmueble para que al terminar la vigencia del contrato se pueda adquirir su propiedad pagando un valor residual.
3. La opción de compra o adquisición en favor del locatario que debe pactarse desde el inicio del contrato, y que, además, se debe determinar con exactitud su precio o se deben establecer las bases para poder calcular su valor.

Esta opción de compra tiene que ser jurídicamente viable que se pueda ejercer durante la ejecución del contrato. Lo que quiere decir, que el locatario durante la vigencia del contrato tiene que poder ejercer la opción de compra. En caso de que la opción de compra ya no se puede ejercer, el contrato termina anticipadamente porque desaparece un elemento esencial que es la opción de adquisición.

⁹⁵ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 247.

Por lo tanto, no se puede calificar a un contrato de leasing habitacional como tal cuando jurídicamente el inmueble no se puede adquirirlo a través de la figura de la opción de compra. Piénsese en el caso, de un bien que sale del comercio, en este evento, claramente el leasing termina de forma anticipada porque el contrato pierde uno de sus elementos esenciales.

La misma consecuencia de la terminación anticipada del contrato de leasing habitacional sucede cuando el inmueble se destruye, bien sea por un incendio, un terremoto, o por la destrucción de este a causa de un error de construcción o diseño, ya que la opción de compra se vuelve imposible de ejercer, desapareciendo el elemento esencial que permite distinguir este contrato de cualquier otro.

2.3. MODALIDADES DE LEASING HABITACIONAL.

El Decreto 2555 de 2010 describe dos operaciones de leasing habitacional. La primera de ellas es la que está destinada a la adquisición de vivienda familiar, en donde su principal requisito es que el locatario habite el bien con su núcleo familiar si lo tiene. En cambio, en la modalidad que se destina a adquisición de vivienda no familiar, no existe la obligación de que el locatario viva en el inmueble, teniendo la posibilidad de arrendarlo o entregar su tenencia a un tercero a cualquier título, no obstante, el locatario es el responsable directo por el cuidado del bien, sin que pueda exonerarse de su responsabilidad por el mero hecho de entregar la tenencia.

Sobre este punto, los documentos que redactan las empresas de leasing son demasiado específicos en señalar que cuando el locatario está facultado para entregar la tenencia del bien a través de un contrato de arriendo, comodato o cualquier otro, se hace responsable de los daños que pueda sufrir el bien, a pesar de que el responsable sea un tercero al que el usuario le haya entregado la tenencia.

Lo anterior, se puede evidenciar en la siguiente cláusula de un contrato de leasing financiero del Banco Pichincha:

*“DÉCIMA SÉPTIMA.- SUBARRIENDO Y CESIÓN: Sin autorización previa y escrita del BANCO PICHINCHA, LOS LOCATARIOS no podrán sub-arrendar el(los) bien(es), ni darlo(s) a terceros para su explotación bajo ninguna forma contractual, ni ceder este contrato de manera alguna. Aún en el caso de existir dicha autorización LOS LOCATARIOS **seguirán siendo solidariamente responsables con el cesionario o el sustituto frente al BANCO PICHINCHA de***

las obligaciones contraídas por este contrato⁹⁶ (Subrayado por fuera del texto original).

Cabe señalar, que contractualmente, algunas entidades del sector financiero estipulan con los locatarios que a pesar de que el leasing habitacional sea en la modalidad que se destina a vivienda no familiar no se pueda subarrendar total o parcialmente el inmueble.

Los anteriores tipos de cláusulas son comunes cuando se autoriza el subarriendo de los inmuebles.

A renglón seguido se hará un estudio a profundidad de cada una de las modalidades de leasing habitacional con el objetivo de comprender la naturaleza del negocio jurídico.

2.3.1. Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.

Con relación al leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el artículo 2.28.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010 dispone lo siguiente:

“Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

En los términos del artículo 4 de la Ley 546 de 1999 las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar son un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo en desarrollo de lo cual, les serán aplicables las reglas previstas en los artículos 11, 12, 13, y 17 numerales 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y parágrafo de la Ley 546 de 1999,

⁹⁶ Contrato de leasing financiero del Banco Pichincha. Disponible en: <https://www.bancopichincha.com.co/documents/20246/31970/Contrato>

los literales b) y c) del artículo 1° del Decreto 145 de 2000 y lo previsto en el presente decreto”.

De la descripción de la operación, se entiende que la norma ha previsto lo que se dijo anteriormente, en cuanto a la obligación de que el usuario habite el bien y se destine a vivienda. Pero también, el citado Decreto establece que este contrato es un mecanismo de financiación de vivienda a largo plazo y por ello se le aplican algunas disposiciones normativas que regulan los créditos de vivienda.

Este Decreto remite a Ley 546 de 1999, y esta Ley contiene diferentes normas que regulan los créditos de vivienda. Así mismo, la Ley 546 establece los objetivos y criterios que debe acatar el gobierno para que mediante los distintos actos administrativos determine y regule el sistema de financiación de las viviendas. De igual forma, la disposición normativa en mención se encarga de señalar cuales son los recursos para la financiación de vivienda, las condiciones para los créditos de vivienda individual, entre otros temas.

Los aspectos que resultan aplicables al contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar con fundamento en la remisión normativa a la Ley 546 de 1999 son los siguientes:

1. Los locatarios tienen un plazo de amortización que nunca puede ser inferior a cinco años ni tampoco mayor a treinta años.
2. El canon inicial no puede superar los ingresos familiares en un determinado porcentaje que establezca el gobierno nacional. Esta condición conforme a la Sentencia C-955 de 2000 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández también se aplica cuando haya una reestructuración de la financiación.
3. No se pueden pactar en el contrato primas por prepago parcial o total de la financiación del activo. Lo anterior quiere decir, que los locatarios pueden pagar los cánones futuros, sin que por ello se cobre alguna penalidad. Esto incluye la posibilidad de ejercer anticipadamente la opción de compra. Por lo tanto, se puede adquirir la propiedad del bien antes de la terminación de la vigencia del contrato.
4. Los establecimientos bancarios y las compañías de financiamiento deben analizar la información del futuro locatario y las respectivas garantías con fundamento en una base objetiva e idónea. Lo anterior, con el propósito de que el

cliente se encuentre en la posibilidad real de pagar la financiación y adquirir el inmueble.

También la ley exige que los créditos estén garantizados, evitando que las empresas de leasing exijan garantías abusivas o excesivas en perjuicio de los consumidores financieros.

5. Existe la obligación de que los inmuebles se encuentren asegurados, de acuerdo a lo que reglamente el gobierno. Esto actualmente se encuentra disciplinado en el Decreto 2555 de 2010.

En cuanto al Decreto 145 de 2000, que se aplica también a esta modalidad de leasing por remisión del Decreto 2555 de 2010, es pertinente tener en cuenta, que la primera norma fue modificada por el Decreto 3760 de 2008, y este último frente a la modalidad de leasing en mención, indica que las empresas de leasing pueden financiar hasta 70% del valor del inmueble. Tratándose de viviendas de interés social, la financiación puede llegar hasta el 80% del valor del bien. La regulación actual también establece que el primer canon inicial que debe pagar el locatario en favor de la entidad de leasing no puede superar el 30% de los ingresos familiares.

Para determinar lo que debe entenderse por ingresos familiares, la norma señala que aquellos son los recursos económicos que los solicitantes de la financiación del activo pueden acreditar. Sin embargo, ellos deben probar que entre los solicitantes existen relaciones de parentesco hasta segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil y también los solicitantes pueden ser cónyuges o compañeros permanentes.

Por último, frente al Decreto 2555 de 2010, se exige que los inmuebles estén asegurados contra los riesgos de incendio y terremoto. Aquí lamentablemente el ejecutivo no fue lo suficientemente cauteloso y previsor para exigir desde mucho tiempo atrás que los inmuebles tengan seguros que amparen los riesgos de construcción o diseño.

El Decreto 2555 de 2010 describe ampliamente la operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, y la norma precisa algunas reglas que deben acatar las partes tanto en la celebración del contrato como en su ejecución y posterior liquidación.

Dichas reglas de acuerdo a lo reglado por artículo 2.28.1.2.1 del Decreto 2555 de 2010 son las siguientes:

1. El locatario tiene la obligación de habitar el inmueble con su núcleo familiar en caso de que exista. Esta modalidad de financiación también se encuentra disponible para personas solteras, pero en todo caso, la destinación del inmueble es exclusivamente para vivienda.

2. En los contratos de leasing habitacional debe estar pactada de manera clara y expresa la opción de compra en favor del locatario. Este requisito no resulta novedoso en la norma, dado que la opción de adquisición es un elemento esencial del contrato de leasing en cualquier modalidad salvo el leasing operativo.

3. El valor del precio de la opción de adquisición del inmueble no puede ser superior al treinta por ciento (30%) del valor comercial del bien, sea este en pesos o en unidades de valor real UVR, lo que deberá establecerse en el momento de la celebración del contrato de leasing.

4. Se prohíbe que el locatario ceda el contrato de leasing, salvo autorización expresa y por escrito de la empresa de leasing, quien está obligada a hacer un estudio previo de la capacidad de pago del futuro cesionario para evaluar si puede cumplir con las obligaciones del contrato que se pretende ceder.

5. La empresa de leasing puede ceder el contrato sin necesidad de autorización del cliente, No obstante, se encuentra obligada a notificar por escrito al locatario, con el propósito que este conozca cuál será la entidad a quien se le cederá el contrato y a partir de qué fecha la cesión se hará efectiva.

6. El locatario se encuentra facultado a ceder a un tercero su derecho de ejercer la opción de adquisición del inmueble. La entidad de leasing deberá aceptar la cesión para que surta efectos jurídicos.

7. Los establecimientos bancarios y las compañías de financiamiento se encuentran autorizadas para exigir garantías que a su juicio sean necesarias para el cabal cumplimiento de las obligaciones del locatario. Sobre este punto, se debe destacar que las garantías pueden ser personales o reales como, por ejemplo, deudores

solidarios, fiadores que en la práctica no es usual por el beneficio de excusión⁹⁷ o pagarés con carta de instrucción. Hay que insistir nuevamente en la posición de esta investigación en torno a que se requiere regulación, debido a que esta autorización del gobierno vía Decreto 2555 de 2010 a las entidades de leasing es una puerta abierta para que ellas se comporten exigiendo garantías excesivas sobre los productos y servicios financieros, lo cual puede atentar gravemente en contra del consumidor financiero.

8. En esta modalidad de leasing se puede pactar que el pago de los cánones y de la opción de adquisición sea en moneda legal (pesos colombianos) o en unidades de valor real UVR.

9. El Decreto 2555 de 2010 exige que los contratos de leasing habitacional destinados a la adquisición de vivienda familiar se celebren por escrito. Esta disposición normativa termina siendo inocua porque desde un aspecto práctico no se concibe que las entidades de leasing celebren contratos de manera verbal por efectos probatorios. En efecto, un escrito que contenga la firma del locatario será plena prueba en un eventual conflicto o litigio.

10. La empresa de leasing se encuentra obligada a entregar el inmueble a paz y salvo. Es decir, sobre el mismo no deben existir hipotecas o cualquier otro gravamen. Sin embargo, por disposición expresa del Decreto en mención, esta obligación no se extiende a los impuestos, servicios públicos y pagos de cuotas de la administración del inmueble.

Teniendo en cuenta que el locatario se encuentra con el derecho a realizar prepagos parciales o totales sin penalidad alguna, el Decreto 2555 de 2010 establece que aquellos pagos se consideran cánones extraordinarios. Estos se podrán pagar durante cualquier momento de la ejecución del contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, pero, además, el locatario tiene la

⁹⁷ De acuerdo con el artículo 2383 y siguientes del Código Civil, los fiadores tienen el beneficio de excusión cuando los acreedores los demandan directamente sin haber intentado de manera previa el pago contra los deudores directos de la obligación. En otras palabras, los fiadores en cualquier proceso judicial pueden alegar el beneficio de excusión para que los acreedores persigan inicialmente los bienes de los deudores de la obligación insatisfecha. El beneficio de excusión en los procesos ejecutivos debe interponerse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo y no como excepción de fondo conforme lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 442 del Código General del Proceso.

facultad de elegir la forma en que se van reflejar esos cánones extraordinarios en el contrato, de acuerdo a las siguientes opciones:

I. Un menor valor de los cánones periódicos. Esta alternativa puede ser muy común cuando el prepago representa un porcentaje considerable del valor de financiamiento, y, por ende, el cliente esté interesado en que se mantenga el plazo de ejecución del contrato, pero se reduzca el pago que mensualmente debe realizar en favor de la entidad de leasing.

II. Una reducción del plazo del contrato. Esta opción que tiene el consumidor también está diseñada para prepagos que tengan una incidencia importante en el valor de financiación, y por estos motivos, el locatario encuentre que le favorece una reducción del plazo estipulado en el contrato, con el objetivo de terminar el mismo en un menor tiempo y de esta forma adquirir la propiedad del activo antes de lo planeado.

III. Un menor valor de la opción de adquisición. Cuando el locatario hace pagos anticipados también puede elegir que aquellos se reflejen en un menor precio de la opción de adquisición. Esto quiere decir, que el locatario al finalizar la vigencia que se haya estipulado el contrato pague un menor precio de la opción de compra dado que el prepago se destinó a disminuir el valor residual.

Solamente en el contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar hay la posibilidad de hacer un retiro parcial de cesantías en caso de que el locatario tenga un vínculo laboral vigente y se encuentren recursos financieros consignados en un fondo de cesantías. Por lo tanto, el locatario puede solicitar sus cesantías que estén consignadas en el fondo y con esos recursos abonar a la deuda con la respectiva entidad de financiamiento.

Esta opción no es viable en el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. Lo anterior, por cuanto estos contratos no se consideran como un mecanismo especializado de financiación de vivienda en los términos de la Ley.

Otro aspecto que el Decreto 2555 de 2010 regula frente al leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar es lo relacionado con la devolución del canon inicial y el valor de las amortizaciones del precio de la adquisición cuando el locatario decide no ejercer la opción de compra al momento de la terminación del

contrato, cuando hay un incumplimiento contractual imputable al locatario o finalmente, cuando hay terminación del contrato de mutuo acuerdo.

Para los eventos en que el usuario decide no ejercer la opción de compra al finalizar la vigencia del contrato, el monto de la devolución tanto del canon inicial como de las amortizaciones se calcula de la siguiente manera, según lo prescrito por el artículo 2.28.1.2.4 del Decreto en mención.

El valor del inmueble debe calcularse conforme con su precio de venta o el precio que se pacte en un nuevo contrato de leasing que vaya a celebrar la respectiva entidad. En los casos de precios pactados en UVR, es necesario que dicho valor se tome al momento de suscripción de la promesa de compraventa del inmueble o del nuevo contrato de leasing.

Teniendo en cuenta que el locatario no va a ejercer la opción de adquisición, aquel se encuentra facultado para proponer ante la respectiva entidad las personas que se encuentren interesadas en adquirir el inmueble o en celebrar un nuevo contrato de leasing.

Este aspecto de la norma es muy importante en el sentido de que el locatario no cede el ejercicio de la opción de compra. Por el contrario, simplemente propone el nombre de una persona para que compre el inmueble. En estos casos, el precio del inmueble será el comercial y no el pactado en la opción de adquisición, ya que precisamente al usuario se le devuelve todo lo que pagó para amortizar el bien. Por ende, el precio de compraventa del inmueble será el que pacten la entidad de financiamiento y el respectivo comprador.

En caso de que no haya compraventa, sino un nuevo contrato de leasing, las condiciones del producto financiero serán establecidas directamente por la entidad y el futuro locatario, quedando el antiguo locatario por fuera de este negocio.

Ahora bien, volviendo a la fórmula de liquidación del contrato para la devolución del canon inicial y de las amortizaciones cuando el locatario no ejerce la opción de compra al finalizar el término de duración que se haya pactado, se debe deducir del valor del inmueble dos variables a saber conforme a la normatividad vigente:

- i) Los costos y gastos en que haya incurrido la entidad por enajenar el inmueble o por la celebración del nuevo contrato de leasing con un tercero.
- ii) El valor del ejercicio de la opción de compra que se encuentre pactada en el contrato.

En los términos anteriores se liquida el contrato, y la entidad autorizada se encuentra obliga a consignar en favor del antiguo locatario el saldo que resulte del proceso de liquidación del contrato de leasing dentro de los treinta días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato de venta del inmueble o de la celebración del nuevo contrato de leasing con cualquier otro cliente por disposición expresa del Decreto 2555 de 2010.

También puede suceder que haya un incumplimiento del contrato por parte del locatario. Este incumplimiento puede tener como origen la mora en el pago de los cánones periódicos, o porque el locatario ha incumplido cualquier otra obligación contractual. En estos supuestos, la liquidación del contrato deberá efectuarse de la siguiente forma.

En primera medida se requiere que se calcule el valor del inmueble de acuerdo con el precio de venta al momento actual, o con el precio que se pacte en un nuevo contrato de leasing.

Después de calcular el precio del inmueble, la norma indica que se deben deducir las siguientes sumas o valores:

- i) Los valores de los costos y gastos que haya tenido que asumir la empresa de leasing por el incumplimiento del contrato.
- ii) Los costos financieros generados y no pagados por parte del locatario.
- iii) Las garantías de cumplimiento de las obligaciones del locatario que se hayan establecido en favor de la respectiva entidad.
- iv) El componente de capital de los cánones pactados que deberán ser no amortizados.
- v) El valor de ejercicio de la opción de adquisición que se encuentre estipulada en el contrato de leasing.

De igual forma, la entidad se encuentra en la obligación de cancelar la suma que se calcule con la anterior formula, en un plazo que no debe superar los treinta días

siguientes a la fecha de compraventa del bien o de la celebración de un nuevo contrato de leasing.

La normatividad contiene una protección especial para los usuarios de esta modalidad de leasing. Lo anterior, precisamente con la finalidad de respaldar y garantizar la vivienda, puesto que exige que las entidades autorizadas únicamente puedan liquidar el contrato de acuerdo a la regla anterior cuando exista un periodo de noventa días de mora en el pago de los cánones. Es decir, el Decreto otorga un periodo de gracia de 90 días, con el objetivo de evitar la terminación del contrato de leasing habitacional y que el usuario pueda seguir ejecutando el contrato, teniendo la posibilidad de adquirir la vivienda.

Por último, el Decreto 2555 de 2010 establece una fórmula para liquidar el contrato cuando este termina de mutuo acuerdo por las partes. En este caso, es necesario calcular el precio del inmueble de la misma forma que se explicó para los eventos de terminación por incumplimiento o porque el locatario decide no ejercer la opción de compra.

Cuando se haya obtenido el precio del inmueble, se debe deducir del mismo los siguientes valores según lo establecido por el Decreto en mención:

- i) Los costos y gastos que haya debido asumir la entidad de leasing por la terminación anticipada del contrato.
- ii) El componente de capital de los cánones pactados que no deberán estar amortizados.
- iii) El valor del ejercicio de la opción de adquisición pactada en el contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.

Resulta apropiado criticar al Decreto 2555 de 2010, porque de manera ingenua no establece las pautas para liquidar el contrato cuando el incumplimiento proviene de la entidad de leasing. El Gobierno de forma errada da a entender que solamente un incumplimiento debe provenir del locatario. Por lo tanto, es desafortunado que una norma que tiene que estar enfocada en garantizar los derechos de los consumidores financieros termine regulando la actividad económica de leasing de forma insuficiente al no contener una normatividad que abarque las distintas situaciones de terminación del contrato.

Sostener que cuando hay una terminación de mutuo acuerdo del contrato se tiene que liquidar en favor de la entidad autorizada todos los costos y gastos que deba asumir esta por la terminación anticipada produce un desequilibrio. Lo anterior, con fundamento en que, si la terminación fue consentida por ambas partes, aquel valor no debe ser asumido por el locatario. La norma también desinclina la balanza al sólo reconocer que los gastos y costos los asuma la empresa de leasing, cuando en la realidad el locatario también debe asumir unos gastos y costos por terminar de manera anticipada el contrato de leasing.

Estos argumentos refuerzan la teoría que se ha planteado desde el inicio del escrito de esta investigación en lo referente a que un contrato que busca que las personas puedan adquirir una vivienda no puede quedar al arbitrio de la voluntad contractual, máxime cuando hay posición de dominio por parte de las empresas de leasing. Por ende, una regulación especial por parte del legislador se torna en necesaria e imprescindible en pro de mayor seguridad jurídica y protección al consumidor financiero.

2.3.2. Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar

El artículo 2.28.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 define al leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar en los siguientes términos:

“Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de una vivienda, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

Las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar se regirán por las estipulaciones que pacten las partes en el contrato y por lo previsto en el Capítulo 3 del presente Título”.

Esto conlleva a que la normatividad financiera no brinde la suficiente protección al consumidor. En efecto, esta modalidad de leasing no cuenta con la protección que

el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar brinda a los consumidores financieros. Cabe volver a reiterar, que la regulación del Decreto 2555 de 2010 no tipifica al leasing habitacional, teniendo en cuenta que este Decreto regula la actividad económica, sin embargo, no disciplina al contrato propiamente dicho. Esta posición será explicada más adelante en la sección en la cual se expone la atipicidad del leasing habitacional.

El leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar con fundamento en el Decreto 2555 de 2010 no contiene regulación en torno a los cánones extraordinarios que pueda pagar el locatario, ni tampoco permite que se puedan retirar parcialmente las cesantías y de manera poco lógica tampoco se regula la forma de liquidar el contrato cuando aquel termina por mutuo acuerdo, incumplimiento del mismo o en los supuestos en que el locatario decide no ejercer la opción de compra.

Por parte de la doctrina, el autor Jaime Arrubla expresa que en esta modalidad de leasing prima la autonomía de la voluntad contractual, siendo las partes quienes se encargan de regular todo el desarrollo del contrato. Según el mencionado autor, al no estar el inmueble destinado a vivienda familiar no goza de protección especial como si la tiene el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar. Esta modalidad de leasing se circunscribe el leasing inmobiliario por cuanto su objeto contractual es un inmueble.⁹⁸

- Características comunes a las dos modalidades de leasing habitacional

Existen varias características que son comunes tanto al leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar como al leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. Se resalta que la diferencia sustancial entre estas dos figuras, es que la primera de ellas se considera por la legislación como un sistema especializado de financiación de vivienda, gozando de una protección más reforzada y con mayor regulación. No obstante, las dos buscan satisfacer la necesidad de vivienda,

De hecho, se requiere que el legislador mediante norma especial establezca cuales son los derechos y obligaciones de las partes, al igual que determine las consecuencias jurídicas de las distintas eventualidades que pueda tener el contrato,

⁹⁸ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 172.

porque de lo contrario, siempre estarán las empresas de leasing diseñando los contratos, y esto produce que el locatario no tenga la suficiente protección que necesita como consumidor financiero.

La primera característica que se encuentra regulada expresamente en el Decreto 2555 de 2010 es que la propiedad del inmueble que se entrega al locatario debe ser de titularidad exclusiva de la empresa de leasing. La titularidad de la propiedad en cabeza de La Leasing debe permanecer durante toda la vigencia del contrato y únicamente se puede transferir cuando el locatario decide ejercer la opción de compra y paga el respectivo precio que se haya pactado.

Sobre lo anterior, es importante aclarar que como lo dispone el Decreto 2555 de 2010, la propiedad del inmueble puede ser de manera conjunta entre varias entidades autorizadas. Por lo tanto, es viable que pueda existir copropiedad del inmueble entre las entidades autorizadas.

Otra característica que es paralela a las dos modalidades de leasing habitacional es la posibilidad de que el locatario ejerza de manera anticipada la opción de compra. Es importante reiterar, que no se puede establecer multas o sanciones pecuniarias por el ejercicio anticipado de la opción de adquisición en el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar. Pero en la otra modalidad de leasing, que es la destinada a la adquisición de vivienda no familiar, únicamente es viable estipular sanciones por prepago cuando el valor adeudado sobrepasa los 880 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma, el Decreto en mención, exige que se adquieran dos seguros obligatorios para amparar a los inmuebles de los riesgos de incendio y terremoto, y para ello, en los contratos de leasing se pacta que el locatario asuma el valor de las primas o precios de los seguros, incluyéndose dentro del canon periódico dichos conceptos.

Si bien los riesgos de incendio y terremoto resultan acertados en el sentido de que se exijan como una obligación para la ejecución del contrato de leasing habitacional, no puede pasar desapercibido que existen múltiples riesgos no amparados, por ejemplo, una explosión, un atentado, un maremoto, entre otros. Por tal razón, es relevante el estudio de la problemática jurídica respecto a la consecuencia jurídica cuando el inmueble se destruye por problemas estructurales y de construcciones,

situaciones que son imputables de manera exclusiva al constructor o proveedor del inmueble.

Las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 2555 de 2010 también admiten la posibilidad de que el locatario de manera opcional adquiera un seguro de vida. Lo anterior, con el objetivo, de que, en el evento de fallezca el locatario, la compañía de seguros pague el valor restante de la financiación y el bien pueda hacer parte de la masa hereditaria del consumidor financiero.

Debe destacarse que el Decreto 2555 de 2010 es sigiloso en buscar que el usuario obtenga información de manera completa y detallada de este producto financiero, lo que complementa el deber de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna que regula el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009.

En torno al deber de información para proteger al usuario, el Decreto anteriormente citado señala que todas las entidades que se encuentren autorizadas para celebrar operaciones de leasing tienen la obligación de suministrar, de manera anual, durante el primer mes de cada año, toda la información respecto del producto adquirido por el locatario, para que este conozca cuales son las proyecciones de los cánones que debe pagar durante el respectivo año, y además, se debe discriminar en el informe los montos que se imputen al precio del bien, incluyéndose el costo financiero y los seguros que deba pagar el usuario.

La normatividad con respecto al leasing habitacional establece que no se requiere que el contrato se eleve a escritura pública, siendo el contrato formalizado mediante documento privado. Solamente se exige la escritura pública cuando el usuario adquiere la propiedad mediante el ejercicio de la opción de adquisición, siendo el título el contrato de leasing y el modo es el registro ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Cabe preguntarse qué sucede cuando el establecimiento bancario o la compañía de financiamiento se liquidan por cualquier causa. La respuesta de la regulación financiera es que dicho inmueble que es el objeto contractual del leasing no forma parte de la masa de liquidación de la respectiva entidad. Por lo tanto, el agente liquidador con apoyo de la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentra con la obligación de velar porque el contrato y el bien inmueble se ceda a otra entidad que se encuentre facultada para realizar operaciones de leasing. Es decir,

el contrato continúa ejecutándose y el locatario pueda seguir disfrutando del bien y de esta forma tiene la facultad de adquirir la propiedad del inmueble.⁹⁹

2.4. EL LEASING HABITACIONAL COMO UN CONTRATO ATÍPICO

2.4.1. Consideraciones generales

La posición jurisprudencia de los órganos judiciales en Colombia para calificar un contrato como atípico radica en que no existe una regulación propiamente dicha para el respectivo instrumento contractual. Esto quiere decir, que pueden existir normas que de alguna manera mencionen al contrato, pero en el fondo no lo regulan per se, ya que, por el contrario, aquellas normas se encargan de regular la actividad económica, o puede suceder, que la norma se limite a describir el contrato, lo que no lo convierte en típico al respectivo tipo contractual.¹⁰⁰

La especificidad y la suficiencia normativa son los elementos principales que deben tenerse en cuenta a la hora de calificar un contrato como típico o atípico de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Dicho en otras palabras, únicamente cuando la Ley tenga la capacidad de regular el tipo contractual de manera específica y amplia se podrá considerar como un contrato regulado, de lo contrario, y a pesar de la existencia de una norma, el contrato no podrá considerarse como un instrumento típico.¹⁰¹

Si bien la Corte toma una posición jurídica razonable para calificar a un contrato como típico o atípico, no debe perderse de vista que ningún contrato tendrá una regulación completa en la norma, dado que hay diversas situaciones que el legislador no es capaz prever. Por ende, a pesar de que exista una abundante

⁹⁹ Artículo 2.28.1.3.8 del Decreto 2555 de 2010. **Liquidación del establecimiento de crédito contratante de operaciones de leasing habitacional:** De conformidad con el literal h) del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no forman parte de la masa de la liquidación los bienes dados en leasing habitacional, los cuales se transferirán al locatario cuando ejerza la opción y pague el valor respectivo. Si está pendiente el plazo de ejecución del contrato y el locatario no accede a pagar el valor presente correspondiente, el contrato y el bien serán cedidos a otra entidad legalmente facultada para desarrollar operaciones de leasing habitacional.

¹⁰⁰ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia con Expediente 5817, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Bogotá D.C., 22 de octubre de 2001.

¹⁰¹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

regulación se pueden presentar hechos que no tengan una consecuencia jurídica en la norma.

Por estas razones, el intérprete del derecho debe en primera medida calificar el contrato para poder resolver los problemas jurídicos. Para lo cual, tiene que tener en cuenta las fuentes del contrato, con miras a una correcta y adecuada interpretación e integración del contrato.

Cabe agregar a estas consideraciones generales de los contratos atípicos, la clasificación doctrinal de los mismos. Lo anterior, por cuanto la categorización de los negocios atípicos resulta pertinente para analizar de mejor forma la función y la causa del contrato, lo que permite una mejor comprensión de la particularidad funcional que cumple el contrato en una determinada relación negocial.

Con respecto a la clasificación de los contratos atípicos, estos pueden tener tipicidad social, por cuanto su utilización en las distintas comunidades jurídicas produce su reconocimiento por otras fuentes del derecho como lo es la costumbre en materia mercantil y la jurisprudencia, generando como consecuencia que ante cualquier vacío del contrato por falta de estipulaciones de los contratantes se deba acudir a la costumbre como fuente del derecho en materia comercial o a la jurisprudencia.¹⁰²

La autora María Elisa Camacho explica que los contratos atípicos pueden dividirse de la siguiente manera:¹⁰³

- **Contratos mixtos.**

En esta categoría de contratos atípicos, las partes deciden conjugar distintas prestaciones de dos o más contratos en uno solo. Por esta razón, se denominan contratos mixtos, ya que tiene prestaciones contractuales que pertenecen a diferentes tipos.¹⁰⁴

Los contratos mixtos a su vez pueden ser:

¹⁰² CAMACHO LÓPEZ. Op. Cit., p. 1 -34.

¹⁰³ Ibidem., p. 12 – 16.

¹⁰⁴ Ibidem., p. 13.

- **Contratos combinados o gemelos:** estos instrumentos se caracterizan porque una de las partes se obliga a diferentes prestaciones contractuales que pertenecen a más de dos tipos de contrato, en cambio, la contraparte únicamente se obliga con una prestación.¹⁰⁵
- **Contratos mixtos en sentido estricto:** el autor Ludwig Enneccerus expresa que estos contratos tienen un elemento en su carga prestación que corresponde a otro tipo contractual. A juicio de este autor, puede suceder que en una donación haya una compraventa cuando el precio del bien es inferior a su valor real. Otros autores consideran que esta categoría es una distorsión de un tipo legal, al cual se le agregan nuevos elementos.¹⁰⁶

Frente a los contratos mixtos en sentido estricto se coincide con la postura del autor Argentino Héctor Masnatta, quien considera que no hay un contrato mixto, sino que por el contrario hay una simulación de contrato. Esto resulta totalmente cierto en el sentido de que, por ejemplo, si se vende un inmueble por debajo de un precio o a un precio que nunca se pagó se produce una simulación absoluta o relativa dependiendo del caso en concreto.¹⁰⁷

- **Contratos atípicos con plena autonomía e independencia de otros tipos contractuales.**

La profesora María Camacho expone que en esta categoría de contratos no hay una combinación de prestaciones o elementos de otros tipos contractuales. Por lo tanto, el contrato persigue un fin económico especial, lo que lo separa de cualquier otro instrumento típico semejante para crear un contrato con un contenido propio y autónomo, como, por ejemplo, el leasing, en donde existe similitud con la compraventa y el arrendamiento, pero tiene un factor determinante en cuanto a su naturaleza y a su finalidad económica que lo diferencia de cualquier otro contrato.¹⁰⁸

No puede confundirse los contratos atípicos con plena autonomía e independencia de los contratos típicos, puesto que, si bien pueden tener una semejanza con otros instrumentos tipificados por el legislador, es su particularidad funcional y económica lo que permite diferenciarlos. Además, esto último les otorga la autonomía para calificarlos como contratos atípicos dentro de la legislación.

¹⁰⁵ CÁMARA CARRÁ, Op. Cit., p. 124.

¹⁰⁶ CAMACHO LÓPEZ. Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁷ MASNATTA, Héctor. El contrato atípico. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1961. p. 58.

¹⁰⁸ CAMACHO LÓPEZ. Op. Cit., p. 15 – 16.

En la actualidad, es bastante complejo que se encuentren contratos que no contengan prestaciones que tengan similitud con otros tipos contractuales. Sin embargo, esto no insta para que el contrato no tenga plena independencia de algunas figuras semejantes. Es decir, cuando el contrato tiene una causa propia y una particularidad funcional única se configura un contrato atípico.

Lo anterior cobra importancia en el sentido de que el operador jurídico en el momento de analizar un contrato no puede acudir a un análisis básico de figuras contractuales semejantes para intentar resolver lagunas del acuerdo negocial. Por ende, en primera medida necesita conocer cuál es la particularidad económica que satisface el contrato en la relación negocial, para de esta forma captar los móviles y finalidades que produjeron la celebración del negocio y así interpretar de forma armónica las normas que rigen a los contratos semejantes.

- **Contratos absolutamente atípicos.**

Los contratos absolutamente atípicos se caracterizan por ser totalmente novedosos en cuanto a su práctica en una determinada comunidad jurídica, por lo que carecen de otras fuentes del derecho como la jurisprudencia y la doctrina.¹⁰⁹ Es decir, las partes deciden bajo su autonomía de la voluntad contractual crear un tipo contractual con plena autonomía e independencia de los demás contratos regulados por el legislador y de otros instrumentos atípicos practicados por los agentes de la sociedad.

En torno a este punto, es indispensable que el contrato que decidan crear las partes en verdad contenga elementos que no se encuentren establecidos en otros contratos. Por cuanto lo que convierte a un contrato en atípico no es la nominación que establezcan las partes, sino por el contrario, son los elementos esenciales y la particularidad funcional que está llamado a cumplir el respectivo contrato.

La autora española María del Carmen Gete explica que los negocios jurídicos absolutamente atípicos son instrumentos que se celebran y ejecutan de forma aislada y esporádica, en donde no existe una normatividad legal y social. Por ello, el contrato es absolutamente atípico debido a que ni siquiera existe reconocimiento social de la figura.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ibidem., p. 16.

¹¹⁰ Ibidem., p. 16.

Por último, y con referencia a los contratos atípicos, hay que distinguir lo que debe entenderse por tipicidad de primer grado u orden, y tipicidad de segundo grado. La primera de ellas se refiere a la teoría general del contrato y las obligaciones, como, por ejemplo, los requisitos de capacidad, consentimiento, etc. La tipicidad de segundo orden se refiere al contrato como tal, y en este segundo nivel se encuentra la tipicidad legal cuando la norma disciplina jurídicamente el contrato, o la tipicidad social, cuando hay otras fuentes del derecho como la costumbre o la jurisprudencia que actúan como criterios auxiliares del derecho para resolver los problemas que no encuentren su solución en las estipulaciones de los contratantes.¹¹¹

En este orden de ideas, un contrato es atípico cuando el legislador no lo ha regulado en una norma jurídica. De hecho, la atipicidad contractual se puede presentar incluso cuando existen normas que regulan la actividad económica más no el contrato. Por su parte, la posición jurisprudencial en Colombia es que los negocios también son atípicos cuando la regulación legal resulta insuficiente por ser incompleta, cuando, por ejemplo, la norma se limita a describir la operación, pero no se encarga de regular el contrato per se.¹¹²

Por todo lo anterior, se concluye que la importancia de calificar un contrato radica en que cuando la norma lo ha disciplinado normativamente, será aquella la que se encargue de resolver los distintos problemas jurídicos que puedan surgir en el desarrollo del contrato, haciendo la salvedad que la regulación podría ser insuficiente o no contener la consecuencia jurídica para un determinado hecho. En los contratos atípicos, habrá que acudir a las fuentes que regulan esta clase de negocios con el objetivo de resolver los problemas jurídicos que se presenten en el instrumento contractual atípico.

2.4.2. La atipicidad del contrato de leasing habitacional

El contrato de leasing habitacional en sus dos modalidades de adquisición de vivienda familiar o vivienda no familiar es un negocio jurídico atípico porque no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico que se encargue de regular el contrato propiamente dicho. Si bien hay algunas normas del derecho financiero que mencionan la figura, aquella normatividad únicamente hace alusión a la actividad

¹¹¹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 1-37.

¹¹² Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

económica, pero no al contrato en sí mismo, por lo cual, el contrato necesariamente tendrá que ser calificado como atípico.

No se puede presentar el equívoco de que, si bien el contrato tiene prestaciones semejantes de otros contratos, su particularidad funcional y su causa única conllevan a que el contrato sea un instrumento jurídico atípico en la legislación colombiana.

La tesis de la atipicidad del contrato también se sustenta en que el leasing habitacional en ambas modalidades tiene un contenido propio y autónomo, en donde ni siquiera se unen prestaciones de contratos tipificados. Por lo tanto, la causa del contrato no es un arrendamiento ni una venta, sino que, por el contrario, es una modalidad de financiamiento para la adquisición de vivienda, en la cual el locatario puede habitar el bien mientras amortiza su valor y adquiere la propiedad ejerciendo la opción de compra a través del pago de un valor residual.

El solo hecho de que el Decreto 2555 de 2010 regule a las entidades autorizadas, las modalidades de leasing habitacional, describa lo que debe entenderse por cada operación, establezca las reglas que se aplican en cuanto a la financiación, y además, se encargue de disciplinar los sistemas de pago, la destinación de los cánones extraordinarios, la fórmula para restituir el canon inicial y las amortizaciones en caso de terminación del contrato, la propiedad del inmueble, los seguros, entre otros aspectos netamente pertenecientes al derecho público financiero, resultan siendo totalmente insuficientes para calificar como típico al leasing habitacional. Lo anterior, se justifica en que este Decreto no regula al contrato en cuanto a sus aspectos básicos, ya que únicamente la regulación normativa está destinada a reglar la actividad de financiamiento que ofrecen las entidades autorizadas.

En el evento de que alguien considere que el Decreto 2555 de 2010 ha tipificado al leasing habitacional como un contrato típico, habrá un problema de índole práctico y es que esta norma no regula las diversas situaciones que se presentan en el contrato. Por ende, decir que es un contrato típico es meramente retórico y en nada aporta a la resolución de los problemas jurídicos que se pueden encontrar en el contrato.

Así las cosas, y a pesar de que cierto sector de la doctrina afirme que el leasing habitacional se tipificó gracias al Decreto 2555 de 2010, no puede obviarse que la

norma únicamente regula la actividad económica de financiamiento. Es decir, debe acudir a las fuentes de los contratos atípicos para encontrar la consecuencia jurídica frente a los distintos problemas que se pueden presentar en el contrato.

Ahora bien, podría considerarse que el Decreto 2555 de 2010 contiene una tipicidad legal por remisión al contrato de compraventa y arrendamiento. La tipicidad por remisión significa que el legislador ha regulado normativamente determinados instrumentos jurídicos y con el objetivo de no ser repetitivo y atendiendo a una técnica legislativa decide simplemente en la descripción de un contrato remitir su regulación a otro tipificado por la norma.

Se descarta que el leasing tenga una remisión legal por distintas razones. La primera de ellas, es que el Congreso de la República es quien tiene la facultad constitucional de regulación normativa. Por ende, el ejecutivo no podría mediante un Decreto establecer una regulación por remisión a una norma legal. Pero, además, el leasing contiene una única causa, y entender que el Decreto 2555 de 2010 remite al contrato de compraventa y arrendamiento conllevaría a que haya dos causas en el contrato, lo que atenta contra la finalidad y objetivo del leasing habitacional que es un instrumento netamente de financiación. En consecuencia, no existen móviles idénticos a los del contrato de arrendamiento y compraventa, por lo que debe descartarse una naturaleza mixta del contrato de leasing habitacional.

Es así como el leasing habitacional tiene una naturaleza contractual propia e independiente de cualquier otro instrumento contractual. Por lo tanto, si bien se podría aplicar normas por analogía, es imprescindible que aquellas normas estén compaginadas con la naturaleza funcional que persigue el leasing habitacional en sus dos modalidades.

En el momento de analizar la calificación contractual, se debe comprender cuál es la particularidad funcional que cumple el contrato, ya que será precisamente esa especialidad lo que conlleve a que el contrato se diferencie de los demás tipos que se encuentren regulados por el legislador.

Con respecto al leasing habitacional no cabe la menor duda que este es un contrato atípico, no solo porque no tiene una regulación especial del legislador, sino porque su naturaleza le otorga identidad e independencia de los demás instrumentos tanto típicos como atípicos que existen en el ordenamiento jurídico, por lo que

necesariamente su interpretación e integración deberá hacerse conforme a los contratos atípicos.

El hecho de que el leasing habitacional en sus dos modalidades se califique como un contrato atípico exige que se estudien las distintas teorías y fuentes de los contratos atípicos. Lo anterior, con el propósito de resolver los distintos problemas jurídicos que pueden surgir con ocasión de la celebración y ejecución del contrato.

2.4.3. Teorías doctrinales para la regulación de los contratos atípicos

En la doctrina hay diversas teorías que han sido propuestas por teóricos del derecho que ayudan a resolver el problema jurídico frente a qué régimen legal deben sujetarse los contratos atípicos, bajo el entendido que precisamente se requiere acudir a una normatividad en específico para resolver las controversias que surjan entre los contratantes.

Las principales teorías son la absorción, el interés o fin dominante, la combinación y finalmente, la analogía. Siendo estas últimas las que habrá que escogerse en la legislación colombiana, ya que cuentan con fundamento legal que permite su aplicación. Por ende, estas resultan más razonables y lógicas para integrar la regulación normativa de los contratos atípicos.

A continuación, se estudiarán las teorías mencionadas, en donde se explicará las razones que resultan ser suficientes para descartar la teoría de la absorción y del fin o interés dominante en la integración del contrato de leasing habitacional en sus dos modalidades. Finalmente, se concluirá que la combinación y la analogía resultan siendo las técnicas hermenéuticas más apropiadas para encontrar una solución a cualquier problema jurídico que se origine en un contrato atípico como lo es el leasing habitacional.

- Teoría de la absorción

La teoría de la absorción plantea que en los negocios jurídicos atípicos se requiere encontrar cual es la prestación principal, teniendo en cuenta que los contratos atípicos pueden contener distintas prestaciones, pero existe una que resulta principal a las demás. Bajo este entendido, la teoría de la absorción indica que al contrato atípico se le debe aplicar la legislación del tipo contractual al que pertenezca la prestación principal del negocio atípico.

El profesor Jaime Arrubla sobre la particular señala que, con fundamento en esta teoría, todos los negocios jurídicos que no tienen una regulación especial en la legislación, se regirán por el convenio típico al cual pertenece la obligación o prestación principal del atípico. Por lo tanto, a juicio de este autor, los negocios atípicos con base en esta teoría se convertirían en negocios subordinados del contrato típico al que pertenezca su obligación principal.¹¹³

La autora María Elisa Camacho expresa que la teoría de la absorción se ha desarrollado doctrinalmente para encontrar una regulación legal a los contratos atípicos mixtos, en donde el operador judicial tiene que establecer cuál es el elemento principal del contrato atípico y aplicar las normas del contrato que tiene como objeto la prestación principal del negocio atípico que suscriban las partes.¹¹⁴

No se puede desconocer que, desde la óptica académica, la teoría de la absorción es sin duda alguna una construcción jurídica que enriquece el entendimiento de los contratos atípicos. Esto por cuanto conlleva a que el intérprete se pregunte cuál es la prestación principal del negocio. No obstante, y en el aspecto práctico, esta teoría resulta siendo insuficiente para encontrar la legislación aplicable al negocio atípico.

Son acertadas las distintas críticas que de manera reiterada han realizado distintos autores a la teoría de la absorción, dado que no se puede establecer fácilmente cuál es la prestación principal de los contratos atípicos, máxime cuando perfectamente en un contrato hay concurrencia de diferentes prestaciones que son principales y que no hay forma de deducir la más importante. Lo anterior, produce que al no conocerse con exactitud la prestación principal, se deba rechazar esta teoría para resolver el problema jurídico frente a la legislación aplicable a los contratos atípicos.

Debe destacarse la crítica de la profesora María Camacho respecto a que la aplicación de la teoría de la absorción destruye la unidad de la causa de los contratos atípicos, teniendo en cuenta que los negocios atípicos no son el resultado de la unión de contratos. Por el contrario, son creaciones de instrumentos contractuales que persiguen una finalidad particular y única en la respectiva relación negocial.¹¹⁵

¹¹³ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 16.

¹¹⁴ CAMACHO LÓPEZ. Op. Cit., p. 24.

¹¹⁵ Ibidem., p. 24 – 26.

En el caso concreto del leasing habitacional surge la misma crítica de la doctrina a la teoría de la absorción, por cuanto en este contrato ningún operador judicial puede señalar que la prestación principal es el canon de arrendamiento que debe pagar el locatario a la empresa de leasing, ni tampoco puede establecer que la prestación principal es la transferencia de la propiedad cuando el usuario ejerce la opción de compra, dado que las dos prestaciones son igual de importantes y además son las que en conjunto diferencian al leasing de los demás contratos típicos.

Al carecer el leasing habitacional de una prestación principal y preponderante de las demás que tiene el contrato, la teoría de la absorción resulta siendo inaplicable para encontrar la legislación aplicable a este contrato.

Por estos motivos y muy a pesar de que la teoría de la absorción es académicamente interesante como se mencionó anteriormente, en la práctica no es útil a la hora de analizar cuál legislación se le debe aplicar a un contrato atípico.

- **Teoría del interés o fin dominante**

El profesor Arrubla explica que los teóricos del derecho han expuesto esta teoría que señala que al contrato atípico no se le deben aplicar ninguna norma de otro contrato tipificado por el legislador debido a que se destruiría el interés o fin que persiguen las partes con el instrumento contractual. Por ende, únicamente se deben aplicar las normas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos.¹¹⁶

Esta teoría no aporta en absoluto a los vacíos jurídicos que pueden tener los contratos atípicos, en vista de que tanto a los contratos tipificados en la legislación como los que carecen de esta, se encuentran sometidos a las normas que regulan las obligaciones y los contratos, salvo normas supletivas que son de libre disposición por las partes.

- **Teoría de la combinación**

La tercera teoría doctrinal para encontrar el régimen legal de los contratos atípicos es la teoría de la combinación. Esta teoría plantea que el contrato debe dividirse en sus prestaciones principales y cada una de ellas se va a regular por el contrato típico al que pertenezca cada prestación.

¹¹⁶ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 17.

El autor Arrubla considera que con esta teoría hay una desmembración del contrato, ya que sin esta operación no se podría obtener la variedad de normas que estarían llamadas a regular un contrato atípico.¹¹⁷

Además, el autor en mención expresa que la teoría de la combinación resulta siendo contraria a la unidad que se predica de cualquier contrato, generando además una interpretación que no es coherente y tampoco articulada en el momento de integrar un contrato.¹¹⁸

Por su parte, la profesora Camacho indica que la teoría de la combinación a pesar de sus críticas, es un mecanismo conveniente que tanto la doctrina¹¹⁹ como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han aplicado para resolver controversias en negocios jurídicos atípicos.¹²⁰

Con base a estos criterios doctrinales, la teoría de la combinación es uno de los instrumentos hermenéuticos más apropiados para integrar un negocio jurídico que no contiene una regulación normativa especial ni que tampoco las partes lo han estipulado contractualmente.

La teoría de la combinación no es más que un desarrollo del principio de la analogía. Por lo tanto, esta teoría resulta acertada, ya que simplemente se aplica por analogía el contrato típico al que pertenece cada prestación, tal como lo comparte la profesora Camacho.¹²¹

Hay un aspecto clave para la aplicación de la teoría de la combinación o la analogía, en lo referente a que únicamente se acude a ellas cuando las partes no han estipulado contractualmente la consecuencia jurídica frente a un hecho determinado. En caso contrario, el operador judicial deberá limitarse a la intención de las partes, dado que las teorías doctrinales son auxiliares para regular un contrato que no tiene ni legislación aplicable ni disposición contractual expresa sobre el punto de debate.

¹¹⁷ Ibidem., p. 17.

¹¹⁸ Ibidem., p. 17.

¹¹⁹ CAMACHO LÓPEZ. Op. Cit., p. 28 – 30.

¹²⁰ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia con Expediente 5817, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Bogotá D.C., 22 de octubre de 2001.

¹²¹ CAMACHO LÓPEZ, Op. Cit., p. 28-30.

- Teoría de la analogía

Como introducción a la analogía, se debe resaltar que tal como lo explica la autora Susana Sánchez Ferro, todos los jueces se encuentran obligados a resolver un vacío jurídico, a pesar de que no exista codificación en la Ley. No obstante, dichas decisiones no pueden ser caprichosas o arbitrarias, por cuanto las mismas tienen que tener un sustento legal. Es decir, las decisiones judiciales frente a los vacíos normativos no pueden ser una creación del juez, ya que deben obedecer a una norma que le señale al juez como tiene que proceder cuando no hay norma especial para el caso en concreto.¹²²

El profesor Arrubla sobre este punto explica un argumento que es coherente, y que en este escrito se comparte para resolver los dilemas en los contratos atípicos. Dicho argumento se basa en que es a legislación de cada país la que se encarga de establecer cuál es el régimen legal que se aplica a los contratos atípicos. El autor en mención, también sostiene que el mismo fundamento sirve para encontrar soluciones a los vacíos jurídicos en contratos regulados por el legislador, pero que de alguna medida hay hechos que no tienen una consecuencia jurídica en la ley.¹²³

En la legislación colombiana, la analogía se torna aplicable debido a que el ordenamiento jurídico de manera expresa determina que cuando no existe norma para una determinada situación se debe acudir a la analogía como instrumento hermenéutico para resolver el determinado asunto jurídico.

La primera norma que establece a la analogía como un principio aplicable en cualquier caso no regulado en el ordenamiento jurídico colombiano es el artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Este artículo señala que cuando no exista una Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se deben aplicar las Leyes que regulen casos semejantes, y cuando no las haya, se tiene que aplicar la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

En materia mercantil, el Título Preliminar del Código de Comercio en su artículo primero establece que los comerciantes y los asuntos mercantiles se deben regir

¹²² SÁNCHEZ FERRO, Susana. Analogía e imperio de la ley. Anuario de Filosofía del Derecho. 1997, no. 14. p. 652.

¹²³ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 17 – 18.

por las disposiciones de la Ley comercial, y cuando no exista regulación expresa se debe decidir por analogía de sus normas.

Tanto la Ley 153 de 1887 como el Código de Comercio son aplicables al leasing habitacional. La primera por ser una norma general, y el Código de Comercio por cuanto regula a los asuntos mercantiles, siendo el leasing habitacional uno de ellos, al ser un contrato comercial.

Por estos motivos, la analogía será un principio fundamental que servirá de base y fundamento para resolver los vacíos jurídicos que tenga el contrato de leasing habitacional cuando las partes no lo hayan estipulado de manera expresa en el contrato, ya que siempre se deberán preferir las estipulaciones de los contratantes como lo expresa el artículo cuarto de la citada normatividad mercantil.

Sobre el concepto de la analogía, el autor Manuel Atienza¹²⁴ la define como el procedimiento argumentativo mediante el cual el jurista traslada la solución prevista para un determinado caso en la legislación a otro que no se encuentra regulado por la Ley. Sin embargo, en ambos casos hay situaciones fácticas comunes. Es decir, los dos casos comparten características similares que conllevan que se pueda aplicar la misma razón. Por otra parte, el principio de la analogía se lo conoce también en el derecho como analogía legis.¹²⁵

De la misma forma, el autor mexicano Francisco Javier Ezquiaga explica que mediante la analogía se traslada la solución legal de un caso previsto por la legislación a otro caso diferente, que se caracteriza por no tener una regulación especial. No obstante, en el primero y segundo caso hay elementos iguales que justifican que se pueda trasladar la solución legal.¹²⁶

Una vez habiendo analizado las distintas teorías para encontrar el régimen legal aplicable a los contratos atípicos y las razones que fundamentan a la analogía como mecanismo hermenéutico adecuado, se debe precisar que la analogía tiene que aplicarse de manera armónica y concordante con el respectivo negocio jurídico atípico. Lo anterior, con la finalidad de lograr que las normas que se van a aplicar

¹²⁴ ATIENZA, Manuel. Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico. Madrid: Civitas. 1986, p. 29 – 30.

¹²⁵ ATIENZA. Ibidem., p. 29 – 30.

¹²⁶ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006. p. 169.

guarden estrecha relación con la causa y con la finalidad que persigue el contrato atípico, puesto que, de lo contrario, se atentaría contra el mismo contrato. Por lo tanto, es importante que la aplicación analógica no solo se cimiente en hechos similares del contrato atípico, sino que su integración atienda a la esencia del negocio.

En torno al leasing habitacional existen dos contratos que se encuentra tipificados en la legislación que comparte situaciones similares con el leasing habitacional, los cuales son el contrato de arrendamiento, por cuanto el usuario durante la ejecución del contrato es un mero tenedor del bien, y también el contrato de compraventa, teniendo en cuenta que al finalizar la duración del contrato el usuario puede ejercer la opción de compra y adquirir la propiedad del bien inmueble.

Sin embargo, únicamente al leasing habitacional se le pueden aplicar normas por analogía cuando las partes no hayan previsto contractualmente la solución para el caso en concreto. En caso contrario, será necesario acudir a los contratos de arrendamiento y compraventa para dirimir los vacíos jurídicos que pueda tener el contrato de leasing habitacional.

También es importante agregar que la posición jurisprudencial respalda la aplicación de la analogía para resolver vacíos jurídicos. La Corte Suprema de Justicia indica que la analogía resulte pertinente cuando un contrato no se encuentra reglamentado. Además, según la Corte, la analogía debe aplicarse siempre y cuando resulte adecuado para el respectivo contrato atípico. Por último, la Corte considera que es viable la teoría de la combinación, ya que esta es un simple desarrollo de la analogía, tal como se sostuvo en líneas anteriores en este escrito. En consecuencia, el intérprete puede desintegrar el contrato en sus diferentes componentes y con ello encontrar la respectiva regulación para cada prestación u obligación que contenga el negocio jurídico atípico.¹²⁷

En la misma línea jurisprudencial, la Corte es muy clara en expresar que la analogía en la integración de los contratos atípicos se aplica de manera subsidiaria. Esto quiere decir que primero debe acudirse a las estipulaciones libremente convenidas por las partes, siempre y cuando estas no contraríen al ordenamiento jurídico.¹²⁸

¹²⁷ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia con Expediente 5817, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Bogotá D.C., 22 de octubre de 2001

¹²⁸ Ibidem.

Conforme al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha expuesto hasta este momento, se afirma que, frente a la destrucción del bien por causas de un mal diseño o construcción en el contrato de leasing habitacional, la solución para este problema jurídico deberá encontrarse en las estipulaciones contractuales. En el supuesto que no lo hayan regulado, será necesario acudir al contrato de arrendamiento para encontrar la solución legal. Sin embargo, no se puede obviar el estudio de los elementos esenciales del contrato de leasing, teniendo en cuenta que, si la destrucción del inmueble produce una desaparición de un elemento de la esencia del contrato, la consecuencia jurídica no será otra que la terminación del contrato, con la obligación de liquidarlo de manera inmediata.

Ahora bien, en los contratos de leasing habitacional que se celebran en Colombia, existe una cláusula que es la exoneración de la responsabilidad de la entidad de financiamiento, trasladándose así el riesgo de la cosa al locatario. Por lo tanto, la entidad de financiamiento no tiene que asumir la pérdida del inmueble. Es decir, como existe una estipulación contractual que regula quien debe asumir el riesgo de la cosa no es necesario acudir al contrato de arrendamiento para encontrar la solución legal.

2.5. GRADUACIÓN NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO DE LEASING HABITACIONAL

Autores como los profesores Jaime Arrubla, Fernando Ospina y Guillermo Ospina han sostenido que existe una graduación normativa o pirámide jurídica que se encarga de determinar la forma de regulación de los contratos atípicos. Razón por la cual, resulta idóneo abordar la graduación normativa que es aplicable al leasing habitacional en sus dos modalidades de adquisición de vivienda familiar y adquisición de vivienda no familiar. Lo anterior, por cuanto dicha pirámide jurídica señala cuál es la respectiva norma o régimen para dirimir cualquier controversia que pueda surgir durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato de leasing habitacional.

2.5.1. Leyes y normas de orden público

Dentro de la graduación normativa en torno al régimen legal que debe aplicársele a los contratos atípicos están las Leyes y las normas de orden público, que por su naturaleza no pueden ser derogados o modificadas por las estipulaciones contractuales. Es decir, la autonomía de la voluntad contractual en el contrato de

leasing habitacional no puede contrariar las disposiciones de orden público de la legislación colombiana.

Las normas de orden público incluyen las buenas costumbres, y atentar contra este tipo de normas conlleva a que el contrato esté viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito. Por ende, todos los contratos típicos y atípicos deben respetar de manera total e íntegra las diferentes normas que están clasificadas como de orden público.

Al estar el leasing habitacional adscrito al derecho financiero, necesariamente las entidades de leasing y los usuarios deben acatar todas las normas del sector financiero, como lo son el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 1328 de 2009 (Estatuto de Protección al Consumidor Financiero), el Decreto 2555 de 2010, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, entre otras normas, que consolidan las normas que se han considerado por la doctrina como normatividad del derecho público financiero.

Las normas del sector financiero están netamente diseñadas para regular la actividad, más no para disciplinar los productos que ofrecen las entidades autorizadas. En consecuencia, el operador judicial difícilmente podrá encontrar una solución legal en este tipo de normas para resolver un determinado problema jurídico.

No obstante, a la hora de integrar un contrato atípico, que en el presente escrito de investigación es el leasing habitacional en sus dos modalidades, debe necesariamente abordarse la normatividad de orden público con el objetivo de revisar que el contrato no esté viciado de nulidad. Lo anterior, por cuanto puede suceder que el contrato contenga un vacío jurídico, pero a su vez tenga un vicio que produzca la nulidad absoluta del contrato. En este caso, el juez de conocimiento deberá declararla oficiosamente la nulidad absoluta del instrumento contractual y abstenerse de resolver la controversia suscitada por abstracción de materia.

De las normas de orden público que resultan valiosas a la hora de integrar cualquier contrato financiero está el Estatuto de Protección al Consumidor Financiero que se encuentra regulado por la Ley 1328 de 2009 y demás normas modificatorias. Esto teniendo en cuenta que los productos pueden contener cláusulas abusivas, y si el contrato atípico ha sido diseñado de tal forma que produzca un desequilibrio en contra del consumidor financiero, aquellas cláusulas estarán llamadas a ser ineficaces de pleno derecho.

Por todas estas razones, las normas de orden público son valiosas e indispensables para una correcta integración del leasing habitacional, bien sea en la modalidad de adquisición de vivienda familiar o de vivienda no familiar.

2.5.2. Estipulaciones contractuales

Todos los ordenamientos jurídicos democráticos de la actualidad aceptan como principio fundamental la libertad del individuo. Lo que conlleva a que exista libertad de los particulares en sus relaciones negociales, en donde la libertad en la contratación es un cimiento fundamental, pudiendo las partes libremente escoger tipos contractuales existentes, bien sea tipificados o no, o por el contrario crear contratos totalmente novedosos.

Al existir la libertad contractual se permite que las estipulaciones, es decir, las manifestaciones de los contratantes se vuelvan vinculantes en las relaciones de los sujetos de derecho. Por ende, aquellas serán Ley para las partes y no podrán ser invalidas, a menos que los suscriptores así lo decidan o por sentencia judicial cuando exista una causa que vicie el respectivo contrato, tal como lo establece el artículo 1602 del Código Civil.

La libertad en la contratación privada produce que las personas puedan escoger los instrumentos jurídicos que les resulten más beneficiosos y atiendan las necesidades particulares de cada caso. No se puede olvidar que las sociedades son cambiantes, y que el comercio impulsa a nuevos contratos para responder de forma apropiada a las necesidades del mercado.

En este orden de ideas, y al aceptarse en Colombia la libertad contractual, las partes son libres de pactar y regular autónomamente sus derechos y obligaciones. Sin embargo, las disposiciones contractuales deben respetar las normas de orden público como se explicó anteriormente.

El Código Civil Colombiano en su artículo 1602 establece que todo contrato legalmente celebrado se convierte en Ley para las partes, por lo que sus obligaciones deben ser honradas por ellas, y únicamente puede ser invalidado por el consentimiento mutuo de los contratantes o por las causales legales, cuando por ejemplo hay un objeto o causa ilícita.

Cuando se advierte que las estipulaciones contractuales son una fuente principal de los contratos atípicos, hay que revisar que las mismas no atenten contra el orden público, y tratándose de productos financieros o que guarden alguna relación con la protección al consumidor, será necesario que aquellas cláusulas no se conviertan en abusivas de la parte débil, puesto que, de serlo así, la consecuencia jurídica será la ineficacia ipso iure de tales cláusulas.

Con respecto al contrato de leasing habitacional, la práctica del mercado financiero evidencia que las entidades de leasing y los usuarios pactan que el locatario sea el que deba asumir la responsabilidad por cualquier vicio oculto del inmueble. Lo anterior no significa que el proveedor se exima de responsabilidad, sino que libera a la entidad de financiamiento de reparar o indemnizar al cliente cuando el bien por cualquier razón no sirve para los fines perseguidos en el contrato de leasing. Por otra parte, con dicha estipulación se trasladan los riesgos del inmueble que estando en cabeza de la propietaria que es la empresa de leasing pasan al locatario.

La cláusula que libera de responsabilidad a la entidad de financiamiento se encuentra plenamente justificada debido a que las empresas de leasing dentro del desarrollo del contrato únicamente proveen recursos. Es decir, ellas no tienen participación en la selección del bien o de su proveedor. Por lo tanto, es razonable y proporcional que sea el usuario el que tenga que asumir la responsabilidad por los defectos del bien y el riesgo de destrucción del inmueble.

Lo anterior refuerza la posición de que los futuros locatarios deben tener un alto grado de diligencia en la selección del bien, teniendo en cuenta que sus decisiones frente a la elección del proveedor y del bien no pueden ser soportadas por una entidad cuya actividad se limita a financiar la adquisición del bien.

Desde esta óptica, al interpretar el contrato de leasing habitacional es necesario que en primera medida se revise el instrumento contractual para determinar si las partes establecieron la consecuencia jurídica cuando el inmueble se destruye, dado que, si las partes lo estipularon, el operador judicial se encuentra en la obligación de acatar aquella convención.

Únicamente cuando se pruebe de alguna forma que la cláusula es abusiva en contra del consumidor financiero, como, por ejemplo, en los casos en que la entidad de leasing celebra convenios con determinadas constructoras y el cliente elige de esa gama de opciones que brinda la entidad de leasing sin que tenga la libertad de

escoger al proveedor. En este caso, habrá que acudir por analogía al contrato de arrendamiento, teniendo en cuenta que esta cláusula es abusiva al desequilibrar las cargas contractuales en perjuicio del consumidor, dado que no es equilibrado que la entidad seleccione el inmueble y el locatario tenga que asumir el riesgo por la mala calidad del activo. Es decir, en estos casos a pesar de que exista una cláusula de exoneración de responsabilidad, la entidad si estaría obligada a asumir el riesgo de la destrucción del inmueble por cuanto el locatario no tuvo la libertad de seleccionar el inmueble.

En conclusión, las estipulaciones de los contratantes son una fuente principal de interpretación del contrato atípico de leasing habitacional en cualquiera de sus dos modalidades. No obstante, se reitera que las cláusulas deben estar sujetas a un equilibrio económico y no deben representar abuso hacia al consumidor financiero, dado que podrían afectarse de ineficacia liminar. Esta ineficacia quiere decir que la misma opera de pleno derecho, sin que sea necesario que una autoridad judicial lo declare.

En efecto, los contratos redactados por las entidades de leasing contienen una estipulación en torno a que no son responsables por los vicios del inmueble. Por lo tanto, si el bien se destruye por fallas de construcción, la respectiva institución financiera no es responsable, ya dicho riesgo se traslada al locatario en virtud de la autonomía contractual.

Lo anterior, se puede evidenciar en las siguientes cláusulas de algunos modelos de contratos de leasing habitacional:

- Contrato de Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco BBVA:

*“De conformidad con las declaraciones efectuadas por EL LOCATARIO en la cláusula segunda del presente contrato, éste se compromete presentar todas las reclamaciones relacionadas con la calidad de los inmuebles y los vicios ocultos directamente al Constructor y/o Vendedor de los mismos. Lo anterior, teniendo en cuenta que EL LOCATARIO manifiesta que conoce y acepta que el Banco no ha participado ni en la escogencia, ni en la negociación del inmueble, **razón por la cual no adquiere ninguna responsabilidad por la calidad, idoneidad, entrega o cualquier otro factor relacionado con los inmuebles adquiridos. En***

consecuencia, las reclamaciones que se presenten frente al Constructor y/o Vendedor por la calidad de los bienes inmuebles o por el incumplimiento de sus obligaciones no afectarán en forma alguna el pago del contrato de leasing en la forma y plazos establecidos en el presente contrato¹²⁹
(Subrayado por fuera del texto original).

- Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco de Occidente S.A.:

“ELECCIÓN DEL(LOS) BIEN(ES). - EL LOCATARIO manifiesta:
1. - Que ha escogido tanto el (los) bien(es) que desea tomar por leasing para su propio uso, como el proveedor que lo suministra y las condiciones en que lo suministra, declarando que conoce el funcionamiento de el(los) bien(es) y el servicio que presta. **2.-** Que el(los) bien(es) objeto de este contrato es(son) de su entera satisfacción y es(son) el(los) que solicitó en leasing. Teniendo en cuenta lo anterior **EL BANCO** no asume ninguna responsabilidad por la idoneidad del(los) bien(es), ni por sus condiciones de funcionamiento, ni sus cualidades técnicas, daños, siniestros, pérdidas, defectos físicos, vicios ocultos, o por error del fabricante o proveedor en el ensamble o correcta instalación bien(es), ni por los riesgos inherentes al transporte y/o importación del(los) mismo(s). Así las cosas, cualquier reclamo basado en las causas, deberá ser presentada directamente por **EL LOCATARIO** al proveedor [...]

EL BANCO adquirió de conformidad con la solicitud hecha por **EL LOCATARIO**, por lo que, **EL BANCO** no asume ninguna responsabilidad por: **a.)** Por la idoneidad o características de el(los) bien(es) ni por sus cualidades técnicas o de funcionamiento. **EL BANCO** tampoco se hace responsable por los defectos físicos o vicios ocultos de el(los) bien(es), que lo(s) afecte(n) total o parcialmente, habida consideración de que éste(os) fue(ron) adquirido(s) del proveedor seleccionado por **EL LOCATARIO**, quien es el único responsable de su calidad, estado, condiciones y especificaciones. Por tal razón **EL LOCATARIO declara que conoce y acepta el estado de el (los) bien(es) y los servicios que puede prestar, por lo cual exonera a EL BANCO de toda responsabilidad por los daños, averías, desperfectos o vicios redhibitorios que por cualquier causa presente el(los) bien(es)**

¹²⁹ Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco BBVA. Disponible en: <https://www.bbva.com.co/content/dam/public-web/colombia/documents/home/footer/reglamentos/productos-persona-natural/DO-01-Contrato-Leasing-familiar.pdf>

e imposibilite su uso en forma parcial o total".¹³⁰ (Subrayado por fuera del texto original).

Estas cláusulas son comunes en la totalidad de contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y no familiar que ofrecen las empresas de leasing en Colombia. No se citará la totalidad de contratos para no ser repetitivo, sin embargo, es una estipulación generalizada en cualquier contrato de leasing financiero.

Por estas razones, el operador judicial cuando encuentra la anterior estipulación contractual, no puede acudir a normas del contrato de arrendamiento por analogía. Lo anterior, teniendo en cuenta que las partes en su autonomía negocial han determinado cual es la consecuencia jurídica cuando el inmueble se destruye o no puede ser usado para los fines que perseguía el locatario, ya que las partes estipularon contractualmente el traslado del riesgo de la cosa al locatario y la exoneración de la responsabilidad de la institución financiera.

2.5.3. Normas de la teoría general de las obligaciones y del contrato

La totalidad de contratos típicos y atípicos se encuentran sometidos al régimen general de las obligaciones y del contrato. Esto en torno a la capacidad, el consentimiento, los efectos de las obligaciones, la condición resolutoria tácita, los modos de extinguir las obligaciones, entre otros.

La teoría general de las obligaciones y del contrato se sitúa dentro de lo que la doctrina califica como tipicidad de primer orden o grado. No obstante, estas normas si bien son criterios fundamentales en la contratación no son suficientes para resolver los vacíos jurídicos que se pueden encontrar en los contratos atípicos, bajo el entendido que estos contratos son instrumentos contractuales novedosos que no se encuentran regulados por la Ley.

Por estos motivos, las normas que regulan a las obligaciones y a los contratos en su parte general no son suficientes para resolver las controversias de los contratantes, salvo que el punto de debate se sitúe en un conflicto de materia

¹³⁰ Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco de Occidente S.A. Disponible en: <https://www.bancodeoccidente.com.co/wps/wcm/connect/banco-de-occidente/dda87b3a-0f7b-401d-b8f5-2a452d5d5534/Contrato-leasing-habitacional-no-familiar-en-pesos-tasa-fija.docx?MOD=AJPERES&CVID=m5SaMjq>

contractual que sea susceptible de resolución mediante la aplicación de normas generales del derecho de los contratos.

Con relación al contrato de leasing habitacional, se aplican, por ejemplo, las normas de interpretación de los contratos que se encuentran contenidas desde el artículo 1618 a 1624 del Código Civil.

De esta forma, las normas generales de la normatividad civil y mercantil son elementales para una correcta interpretación del contrato de leasing habitacional, bien sea que esté destinado a la adquisición de vivienda familiar o no familiar.

2.5.4. Analogía con las normas de los contratos con que tenga mayor semejanza el leasing habitacional

La analogía tiene como fundamento el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el Título Preliminar del Código de Comercio. Por ende, no cabe la menor duda que cuando haya un vacío en un contrato atípico se deba acudir a la analogía para encontrar la solución legal del caso.

El autor mexicano Javier Arce hace una importante crítica a la analogía para integrar los contratos atípicos respecto a que estos contratos se caracterizan por ser totalmente diferentes a los tipificados por el legislador, por lo que no es razonable que se utilice la analogía de figuras afines.¹³¹

Sobre lo anterior, es cierto que los contratos atípicos no son análogos a los regulados por el legislador, dado que cumplen una particularidad funcional y tienen una causa única e inescindible. Sin embargo, esto no significa que frente a hechos o características que se encuentren reguladas en una figura contractual que comparta algunos elementos se prescinda de la aplicación de aquellas normas, por cuanto esto equivaldría a que el operador judicial se vuelva creador de normas jurídica. Dicha situación atenta contra un Estado democrático, ya que produciría mayor inseguridad jurídica al permitir que un juez de manera posterior se ponga a crear la regulación normativa para el caso en concreto.

¹³¹ ARCE GARGOLLO. Op. Cit., p. 144.

Así las cosas, y al tener la analogía un fundamento en el ordenamiento positivo, cuando se encuentren vacíos jurídicos en un contrato atípico se debe acudir a la analogía para una correcta interpretación e integración del contrato.

El leasing habitacional en sus modalidades tiene claramente dos prestaciones principales. La primera de ellas el pago de un canon periódico, siendo el locatario un mero tenedor del bien, que durante la vigencia del contrato amortiza el precio del activo, por lo que habrá de aplicarse el contrato de arrendamiento cuando exista un vacío jurídico durante la ejecución del contrato. Además, existe otra prestación principal del leasing en torno a la adquisición de la propiedad del inmueble cuando se termina la duración del contrato y el locatario ejercer la opción de compra, en esta fase contractual, habrá que acudir al contrato de compraventa cuando no exista estipulación en el contrato de leasing que resuelve la problemática jurídica que se presente en el contrato.

En consecuencia, la analogía de figuras asimiles al contrato de leasing habitacional que son el arrendamiento y la compraventa se convierten en fuentes normativas que permiten al operador judicial resolver los vacíos que contengan el contrato. Incluso, cuando haya una estipulación contractual ineficaz en el leasing habitacional por considerarse abusiva, el operador judicial tendrá que acudir a estos dos contratos con el objetivo de resolver la controversia que se someta a su consideración.

2.5.5. Principios generales del derecho y la jurisprudencia

Los principios generales del derecho en palabras del profesor Hernán Valencia Restrepo se refieren a un conjunto de exigencias de índole axiológico, que sirven de inspiración y base de los ordenamientos jurídicos.¹³²

La relevancia de los principios generales del derecho radica en que son instrumentos que sirven para interpretar e integrar un determinado contrato, cuando no existe regulación normativa que se pueda aplicar. Es decir, no existe legislación, estipulación contractual ni tampoco se puede acudir a la analogía.

¹³² VALENCIA RESTREPO, Hernán. La definición de los principios en el Derecho Internacional Contemporáneo. Revista Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. 2007. vol 36, no. 106. p. 118 – 122.

Hay diferentes principios en materia contractual que el intérprete jurídico se encuentra obligado a analizar cuando debe resolver un vacío de derecho contractual, puesto que estos conllevan a que dentro de un equilibrio económicos se tome la decisión más razonable para las partes, y en todo caso, atendiendo las finalidades perseguidas por los contratantes.

Los principios más importantes en el derecho de los contratos son el principio de la autonomía de la voluntad contractual, que además es expresión de la libertad de los individuos. Este principio busca que las partes sean libres de contratar y escojan los instrumentos que se adecuen de mejor forma a las necesidades de la relación negocial. También la buena fe es un principio que en derecho de contratación es fundamental, dado que el mismo exige que los suscriptores de los diferentes instrumentos contractuales tengan un comportamiento leal y honesto, obligándose no solo a cumplir con lo pactado expresamente, sino que por el contrario se encuentran vinculados para atender la obligación de acuerdo con la misma naturaleza del contrato, bien sea de acuerdo a la Ley, la costumbre o la equidad.¹³³

Por último, frente a los principios generales del derecho, cabe destacar que existen otros que resultan útiles para interpretar e integrar un contrato atípico como el leasing habitacional, como el principio de la equidad, el principio de equilibrio económico, el de la relatividad, el del enriquecimiento sin justa causa, el principio de solidaridad, entre otros.

Teniendo en cuenta todos estos principios generales del derecho y aplicándolos al contrato leasing habitacional, podría surgir, por ejemplo, el problema jurídico relacionado con la posibilidad de que la empresa de leasing de reciba la totalidad de la indemnización de un contrato de seguro cuando el inmueble se destruye, y esta situación no tiene regulación legal ni tampoco podría tener estipulación contractual que permita encontrar una solución para el caso. En este punto de controversia necesariamente habrá que aplicarse la buena fe y el principio de enriquecimiento sin justa causa, teniendo en cuenta que el locatario también tiene interés en el bien, por cuanto mediante el pago de los cánones ha ido amortizando el precio del mismo. Por lo tanto, la empresa de leasing únicamente tendrá que recibir lo adeudado por el locatario, y el restante de la indemnización deberá ser entregada al usuario.

¹³³ BUENA FE: Artículo 871 del Código de Comercio: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que correspondan a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad.

Otra fuente que en esta sección se mencionó es la jurisprudencia. Es decir, los distintos pronunciamientos de los jueces respecto de casos similares. La jurisprudencia es considerada como una fuente material y formal del derecho, por lo que se torna vinculante para los demás jueces cuando han existido pronunciamientos judiciales que resuelven puntos de derecho del caso debatido, haciendo la salvedad que cualquier juez se puede apartar de la jurisprudencia, con la obligación de motivar su razón de disenso, tal como lo establece el artículo 7 del Código General del Proceso.

El sustento legal que sirve de fundamento para la aplicación de los principios generales del derecho y la jurisprudencia en materia contractual se encuentra en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991.¹³⁴ Este artículo establece que los jueces pueden optar por criterios auxiliares cuando no exista regulación legal o contractual al respecto. Dichos criterios auxiliares son la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

2.5.6. Doctrina

La doctrina es definida por el profesor Luis Bustamante como la formulación y desarrollo de enunciados teóricos del derecho, por lo que se convierte en una fuente del derecho, ya que la misma es necesaria para la labor legislativa, judicial y social. La doctrina, de acuerdo al profesor Bustamante logra una construcción teórica de distintos puntos del derecho que son esenciales en la materia.¹³⁵

Esta última fuente del derecho que se puede aplicar en materia contractual para dirimir vacíos jurídicos es útil para los operadores judiciales. No obstante, la misma no es vinculante y dependerá del caso en concreto si el respectivo juez la acoge para formular la decisión del caso, o si, por el contrario, se aparta y adopta otra teoría.

En torno al problema de investigación que se planteó en este escrito, no hay ningún pronunciamiento doctrinal que se encargue de estudiar la consecuencia jurídica cuando el inmueble se destruye por defectos de construcción o diseño en un

¹³⁴ Artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

¹³⁵ BUSTAMANTE, Luis. Bases preliminares para una conceptualización doctrinaria del Derecho Social. Revista de Ciencias Sociales, 1997. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4998693.pdf> p. 51 – 55.

contrato de leasing habitacional y la entidad de financiamiento ha pactado expresamente en el contrato que no es responsable por ningún defecto o vicio del bien.

Lo anterior amerita y justifica esta construcción teórica, que a través del estudio de cada uno de los componentes del contrato del leasing habitacional se pretende desarrollar una tesis que resuelva el problema jurídico en mención.

2.1. EL OBJETO Y LA CAUSA EN EL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL

El profesor Roberto Fiori explica que el objeto del contrato es entendido como la operación jurídica que las partes buscan realizar con el negocio, lo cual también coincide con el objeto de la obligación.¹³⁶

En consecuencia, en el contrato de leasing habitacional el objeto del contrato es la entrega de un inmueble destinado a vivienda a título de tenencia en favor de un locatario, quien en contraprestación paga un canon periódico que contiene un sistema de amortización del activo, y además, la entidad de leasing se obliga a transferir la propiedad del bien cuando el locatario al finalizar la vigencia del contrato ejercer la opción de compra que se ha pactado a su favor desde el inicio del contrato y paga el precio de ella que se conoce como valor residual.

Cabe destacar, que en los contratos de leasing habitacional que celebran las entidades autorizadas en Colombia, el objeto del contrato también se expone como se anuncia en este escrito. Por ejemplo, el contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco Av Villas, al objeto del contrato se lo describe en los siguientes términos:

“OBJETO. En virtud del presente contrato de leasing habitacional El Banco se obliga a entregar al Locatario y este a recibir de aquel, la tenencia del Inmueble descrito en el en el numeral 2. de la PARTE III del presente contrato para su uso y goce, a cambio del pago de los cánones pactados y durante el plazo convenido en el contrato de Leasing Habitacional, a cuyo vencimiento dicho Inmueble se restituye al Banco o se transfiere al Locatario, si este

¹³⁶ FIORI, Roberto. El problema del objeto del contrato en la tradición civil. Revista de Derecho Privado – Universidad Externado de Colombia. 2007. Vol. 12 – 13. p. 244.

decide ejercer la opción de adquisición y paga su valor, en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato. El Inmueble objeto de este contrato ha sido adquirido por El Banco a solicitud de El Locatario. El Locatario declara que ha escogido El Inmueble, que lo conoce y ha verificado y aceptado su área, linderos, sus condiciones físicas, materiales, urbanísticas, arquitectónicas, constructivas, jurídicas y de uso, que ha verificado el cumplimiento de las condiciones de licenciamiento y urbanismo, entre otras, y que ha elegido igualmente al constructor o vendedor (Proveedor). El Locatario declara que las reclamaciones correspondientes las presentará y hará exigibles ante el constructor o vendedor (Proveedor) y no ante El Banco pues es el constructor o vendedor (Proveedor) a quien corresponde asumirlas y darles solución. Por lo anterior, las Partes acuerdan que la responsabilidad y las consecuencias de lo que a continuación se describe será del Locatario y que en manera alguna El Banco responderá por: a) La idoneidad, características, especificaciones, calidades técnicas, arquitectónicas o estructurales, constructivas, de licenciamiento, urbanismo, usos, servicios o funcionamiento, defectos materiales o físicos o vicios ocultos, daños o averías del Inmueble aun cuando conlleven imposibilidad del goce o disfrute por parte del Locatario, de manera parcial o total; b) La falta de entrega, retardo o incumplimiento en la entrega del Inmueble, por cuanto esta responsabilidad corresponde única y exclusivamente al constructor o vendedor (Proveedor) seleccionado por El Locatario y a éste le corresponden los reclamos y acciones contra dicho constructor o vendedor (Proveedor); c) El conocimiento, idoneidad, competencia, experiencia, transparencia, profesionalismo, honestidad y no vinculación con actividades delictivas del constructor o vendedor (Proveedor) seleccionado por El Locatario, su actividad económica o la licitud de los recursos que maneje y/o la procedencia lícita de los recursos con los que haya adquirido o construido El Inmueble objeto de este contrato; d) La titulación del Inmueble ni el avalúo de éste, los cuales han sido realizados por el abogado y perito seleccionados por El Locatario, ni por los hechos o actos que afecten con posterioridad la titularidad del Inmueble o el ejercicio de los derechos sobre éste; e) Las turbaciones legales (tales como disposiciones, actos administrativos o providencias judiciales) o de terceros sobre la tenencia del Inmueble que afecten, limiten o imposibiliten el uso y disfrute de éste bien sea de manera parcial o total; f) Errores del constructor o vendedor (Proveedor), siniestros o pérdidas; g) Daños perjuicios que El Inmueble o los actos de

*tenencia causen a la persona o bienes de terceros. En caso de que El Banco se viere obligado a pagar alguna sanción, indemnización, compensación o multa por estos hechos, gastos u honorarios de defensa, El Locatario se obliga a restituirle las sumas correspondientes a más tardar el día cinco (5) desde la presentación de la cuenta de cobro y en caso de que así no suceda se causarán intereses de mora a la tasa de 1.5 veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera para los créditos ordinarios hasta que se efectúe el pago, quedando facultado el Banco para cobrar dichas sumas con el pagaré suscrito por El Locatario y para dar por terminado este contrato y solicitar la restitución del Inmueble".*¹³⁷

El objeto del contrato que se puede evidenciar en los diferentes contratos de leasing habitacional celebrado por las empresas de leasing en Colombia es idéntico. No se citarán los distintos modelos de contratos para no ser reiterativo en este escrito.

Frente a la causa del contrato, el profesor Rodrigo Becerra explica que ésta es considerada como un requisito de existencia y validez del negocio jurídico. Sobre este punto, el profesor Becerra explica que cuando una persona se obliga lo hace por un motivo o una razón que determina precisamente el negocio. Por lo tanto, la finalidad o móvil perseguido por el contratante es el que permite la declaración del consentimiento.¹³⁸

El maestro Fernando Hineirosa expone que la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato. De igual forma, el profesor Hineirosa señala que en el ordenamiento jurídico colombiano no es necesario expresar la causa, puesto que la misma se presume.¹³⁹

A pesar de la existencia de distintas teorías de la causa, como, por ejemplo, la teoría clásica, la teoría moderna, las teorías anticausalistas, hay cierto consenso por parte de la doctrina al afirmar que en Colombia se aplica la teoría subjetiva o de la causa

¹³⁷ Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar. Disponible en: <https://www.avvillas.com.co/wps/wcm/connect/avvillas/12a0677f-e26e-4dfb-a661-aecf969d6f64/contrato-de-leasing-habitacional.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nbNKgMk>

¹³⁸ BECERRA TORO, Rodrigo. Teoría general del acto jurídico. Cali: Pontificia Universidad Javeriana Cali. 2006. p. 118.

¹³⁹ HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, 2 vol. p. 33 – 36.

impulsiva, en vista de que, en los contratos, la causa de aquellos se encuentra en los móviles determinantes, subjetivos y concretos que impulsan a un sujeto de derecho para manifestar su voluntad de contratar.¹⁴⁰

En palabras de los autores Jorge Padilla, Natalia Rueda y Málori Zafra Sierra, la teoría subjetiva es la que ha servido como fundamento de explicación para determinar que la causa es la finalidad perseguida por las partes, posición que fue establecida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de septiembre de 1935.¹⁴¹

La causa, es decir, la finalidad que persiguen las partes en el contrato es el servicio financiación de un bien inmueble. Por lo tanto, la celebración de este tipo contractual obedece netamente a un servicio de financiación de mediano a largo plazo, que mediante una operación financiera permite amortizar el costo de un bien inmueble, y al finalizar el periodo de ejecución del contrato se puede adquirir la propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra, pagando el respectivo valor residual.

Por consiguiente, cuando el locatario celebra el contrato de leasing habitacional tiene como móvil determinante la financiación de un bien inmueble para adquirir posteriormente su propiedad, salvo que no ejerza la opción de compra, y por la parte de la entidad de leasing, la causa que induce a que se celebre el leasing habitacional es también el servicio de financiación, mediante el cual se obtiene una tasa de interés y otros costos financieros. Lo anterior, permite concluir que la causa del contrato no es que el locatario habite el inmueble, ni que la entidad de leasing sea la propietaria, teniendo en cuenta que simplemente estos aspectos son características del contrato, siendo la causa única y eficiente de contrato el servicio de financiación.

En efecto, la causa del contrato de leasing habitacional no está relacionada con el uso del bien inmueble ni tampoco con la adquisición de la propiedad, siendo únicamente la financiación del bien, lo que motiva a las partes a celebrar el contrato.

¹⁴⁰ BECERRA TORO. Op. Cit., p. 121 – 124.

¹⁴¹ PADILLA, Jorge; RUEDA, Natalia & ZAFRA SIERRA Málori. Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. Revista de Derecho Privado – Universidad Externado de Colombia. 2014. No. 26, p. 114 – 116.

Tomar una postura contraria, equivaldría a aceptar que las entidades de financiamiento se interesan en adquirir la propiedad de los bienes y rentarlos a sus consumidores, lo que no solo atenta contra la misma actividad financiera, sino que también desnaturalizaría al leasing como un producto netamente de financiamiento.

Por su parte, el autor Ángel Martín Martínez expresa que el leasing es una forma de financiación complementaria, y que, además, es un servicio de financiación novedoso respecto de los sistemas clásicos, por lo cual, la finalidad del leasing es vender amortizaciones a través del pago de los cánones periódicos y ante todo financiar un bien.¹⁴²

El profesor Luis Gonzalo Baena igualmente expresa que la finalidad del leasing es ser una alternativa de financiación que pueden utilizar las empresas, por cuanto el leasing solamente se agrega a las modalidades de financiamiento que ya existen.¹⁴³

Sobre los requisitos de la causa que predica la doctrina, hay que señalar que el móvil determinante para celebrar el contrato de leasing habitacional se puede evidenciar desde el mismo momento que el usuario acude a una compañía de leasing, no para que le entreguen un bien donde él pueda habitar, sino que pretende que dicha entidad le preste un servicio de financiación para adquirir un bien. Este servicio de financiación se ejecuta mediante la tenencia del bien en cabeza del locatario, permaneciendo la propiedad del activo en favor de la entidad de leasing. Finalmente, la última prestación se condensa en la transferencia de la propiedad cuando el locatario ejerce la opción de compra que se pacta en el contrato.

Finalmente, cuando se destruye el bien no puede considerarse que hay una desaparición sobrevenida de la causa del contrato, teniendo en cuenta que la causa del cómo se expuso anteriormente es netamente de financiación y no que el locatario pueda habitar y gozar del inmueble durante la vigencia del contrato. Es decir, la causa del contrato sigue vigente debido a que la entidad de financiamiento ha dispensado los recursos necesarios para financiar la adquisición del bien, y el locatario se ha beneficiado por la financiación del bien, lo que conlleva a que la destrucción del bien no altere ni desaparezca el servicio de financiación contratado por las partes.

¹⁴² MARTÍNEZ, Ángel Martín. La transición del leasing – financiero – leasing – operativo – renting ¿Una consecuencia de las medidas de política económica?: El caso del sector autónomo en España, 1981 – 2000. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. p. 26.

¹⁴³ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 70.

2.2. EL LEASING HABITACIONAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

El leasing habitacional satisface el concepto de vivienda digna. Por su parte, una vivienda digna tiene que ser segura, y no tener riesgos de colapso por errores en la construcción o diseño. Por lo tanto, es importante abordar lo que debe entenderse por vivienda digna, sus componentes y el rol que juegan las entidades de leasing en la consecución de lograr que las personas puedan habitar una vivienda digna.

La vivienda digna es una política económica y social de los diferentes Estados que tienen como base el factor prestacional. Es decir, son Estados Sociales de Derecho.

En palabras del autor Gerardo Pisarello, la vivienda es fundamental para que las personas puedan sobrevivir, en tanto que necesitan desarrollar sus proyectos de vida de forma segura, independiente y autónoma. Por ende, la vivienda se convierte en un instrumento ideal y básico para satisfacer necesidades básicas.¹⁴⁴

La vivienda es considerada por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la doctrina como un derecho social de carácter prestacional¹⁴⁵ que tienen los individuos de un Estado, en donde no solo debe existir un enfoque para la adquisición de la propiedad, sino que por el contrario se deben garantizar distintos instrumentos que garanticen que las personas puedan gozar de una vivienda en condiciones de seguridad y dignidad.

El objetivo de una vivienda digna comporta la protección del Estado ante abusos de particulares, entidades financieras e incluso de entidades públicas, que de alguna forma atenten contra este derecho social, dado que su vulneración produce la violación de otros derechos y garantías fundamentales como el derecho a la integridad física, la educación, el trabajo, la familia, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.¹⁴⁶

¹⁴⁴ PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: derecho en construcción. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional: 2004. p. 259 – 282.

¹⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-530 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, 7 de julio de 2011, Bogotá D.C.

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, 15 de octubre de 2013, Bogotá D.C.

En cuanto al leasing habitacional, se debe destacar, que al ser un instrumento contractual que tiene como finalidad la financiación en la adquisición de vivienda, tiene que sujetarse a las políticas y los lineamientos de la vivienda digna. Lo anterior, por cuanto no se puede obviar que la vivienda digna se satisface no solo con la adquisición de la propiedad de una vivienda, ya que puede lograrse mediante otros instrumentos jurídicos como el arrendamiento, el comodato e incluso los productos financieros que tiene como objetivo la financiación de inmuebles que se destinen a vivienda, como lo es el leasing habitacional.

A pesar de que en Colombia el leasing habitacional tiene dos modalidades que son la destinada a la adquisición de vivienda familiar y vivienda no familiar, teniendo como consecuencia que la primera goza de una mayor protección normativa, esto no significa que el leasing en cualquiera de sus dos modalidades no se encuentre sujeta a los lineamientos que propenden por una protección a la vivienda en cuanto a las condiciones de dignidad y a los requisitos de seguridad. En efecto, no existiría lógica que un instrumento que financia una vivienda no familiar atente contra las condiciones mínimas de la vivienda digna.

Esto no quiere decir que las dos modalidades tengan el mismo grado de protección, en torno, por ejemplo, a las políticas gubernamentales de ayudas para la financiación, dado que en este escrito se hace alusión únicamente a que ambos tipos contractuales deben cumplir unas condiciones mínimas, bajo el argumento que no existiría razón para que se tutele un instrumento contractual que financia la adquisición de una vivienda que con una simple inspección visual representa factores que atentan contra la habitabilidad del bien.

Desde la óptica constitucional, el derecho a la vivienda digna se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991 como un derecho social y económico de carácter progresivo. Por lo tanto, exige que el Estado como el legislador desarrollen planes de vivienda, sistemas de financiación y en general, políticas que establezcan las condiciones necesarias para gozar de una vivienda digna.¹⁴⁷

En recientes pronunciamientos jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha señalado que la vivienda digna es un derecho fundamental, que puede ser protegido vía acción de tutela. Además, a juicio de la Corte, este derecho comprende la

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt, 26 de marzo de 2012, Bogotá D.C.

posibilidad que deben tener las personas de gozar de un espacio material y delimitado, en el cual los individuos y sus familias puedan habitar y llevar a cabo los distintos proyectos de vida en condiciones de dignidad. Sobre la dignidad de la vivienda, la Corte considera que el concepto no puede ser irreal y referirse a un aspecto ideal, dado que involucra la noción de “habitabilidad”, el cual debe cumplirse conforme a los preceptos de salubridad, funcionalidad, privacidad y seguridad.¹⁴⁸

La habitabilidad del inmueble exige que se ofrezcan espacios adecuados a sus ocupantes, con el objetivo de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, en tanto que se exige la garantía para la seguridad física de los habitantes del bien.¹⁴⁹

Estos pronunciamientos son realmente esenciales en el desarrollo de este escrito de investigación, en vista de que, si bien el leasing habitacional es un instrumento de financiación en la adquisición de inmuebles, ello no amerita, que las empresas de leasing financien inmuebles con evidentes riesgos de construcción o infraestructura, ya que, de hacerlo, no se satisface el derecho a la vivienda digna de las personas.

Por estos motivos, las instituciones que ofrecen el producto de leasing habitacional tienen cierto grado de diligencia y responsabilidad frente al consumidor financiero, por cuanto no podría admitirse que aquellas acepten financiar un inmueble que se ha construido en un sitio totalmente inseguro o que su construcción se ha efectuado con diseños o materiales que no garanticen unas condiciones mínimas. Lo anterior, con el propósito de evitar que el inmueble colapse o deba desocuparse por riesgos en contra la seguridad de los ocupantes del bien.

Sin embargo, es evidente que las entidades de leasing no deben inspeccionar minuciosamente el inmueble, pero si tiene que desplegar un grado de diligencia en cerciorarse que el bien se encuentre en un sitio que sea habitable, y que su construcción no amanece venirse en ruinas con una simple inspección del mismo.

En este orden de ideas, hay una política estatal que conlleva a que diferentes actores sociales, como las entidades de financiamiento, se encarguen de tener un

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, 29 de agosto de 2013, Bogotá D.C.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-420 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, 11 de octubre de 2018, Bogotá D.C.

mínimo grado de diligencia con el objetivo de evitar que los consumidores adquieran bienes en zonas no aptas para la construcción o desarrollo de proyectos inmobiliarios.

La posición de este escrito en torno a la exigencia de un mínimo grado de diligencia de las entidades de leasing respecto al producto financiero no es un sinónimo de que sean peritos e investiguen minuciosamente las características del bien y su proveedor, ya que esta tarea les corresponde a los locatarios, teniendo en cuenta que ellos lo seleccionan de acuerdo a sus necesidades personales. No obstante, tampoco se puede admitir que compañías de leasing decidan financiar inmuebles que con una inspección y con una mínima diligencia permitan concluir o deducir que el inmueble representa un riesgo inminente para los ocupantes del mismo.

Es así como las entidades del sector financiero deben ser precavidas en la celebración de los contratos de leasing, en torno a que, si financian un bien que está claramente deteriorado y que no permite satisfacer el concepto de vivienda, se debe abstener de autorizar dicho producto financiero, con fundamento en la debida diligencia, el cual es un principio de actuación de todas las entidades que pertenecen al sistema financiero. Lo anterior, según lo establecido por el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 en concordancia con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De no hacerlo, su actuación es gravemente culposa, sin que la cláusula de exoneración de la responsabilidad sea válida, ya que el Código Civil indica la imposibilidad de condonar el dolo o la culpa grave, esto conforme a lo señalado por el artículo 1522 del Código Civil.

Por otro lado, especialmente desde el Derecho Internacional, existe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. En el artículo 11 de esta Ley se menciona el derecho a la vivienda, y sobre este punto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido la Observación General No. 4, en la cual se dictan una serie de parámetros para definir lo que debe entenderse por vivienda digna, lo que ha sido también reiterado en diversas sentencias de la Corte Constitucional cuando se discuten casos relacionados con el derecho a la vivienda.

Con base a estos argumentos, a continuación, se menciona cada componente que garantiza una vivienda en condiciones dignas según lo señalado por la Observación General No. 4., lo que deberá ser analizado por las entidades de leasing en el momento que decidan financiar la adquisición de un respectivo inmueble.

- a. **Presupuesto de seguridad jurídica en la tenencia del bien.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al respecto señala lo siguiente:

“La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

Este presupuesto aplicado al leasing habitacional se encuentra parcialmente materializado en el Decreto 2555 de 2010, al regular únicamente cuestiones de la actividad económica del leasing como se expuso anteriormente. No obstante, no existe una regulación del contrato propiamente dicho. Por lo tanto, le corresponde al legislador expedir una normatividad especial que brinde de seguridad jurídica a los locatarios con unas normas altamente proteccionistas y determinando cuales son los derechos y obligaciones de las partes.

- b. **Presupuesto de disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre este supuesto contiene las exigencias que se citan a renglón seguido:

“Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos

naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

La exigencia de la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura en el contrato de leasing debe materializarse cuando la entidad de financiamiento es diligente en saber si va a financiar un bien que tenga unas mínimas condiciones para garantizar la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Dicho en otras palabras, cualquier entidad del sector financiero debe abstenerse de celebrar un producto financiero que tenga como objeto un inmueble que no brinde la disponibilidad de servicios básicos a los usuarios y sus familias.

Mal haría de exonerarse de la responsabilidad a una compañía de leasing que por financiar cualquier bien acepte adquirir un bien que se encuentre en una zona de ladera o en un sector que esté prohibido construir por riesgos del suelo o entre otras prohibiciones.

- c. **Presupuesto de gastos soportables.** Sobre este punto, la Observación General No. 4 del Comité considera los siguientes aspectos:

“Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados

Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales”.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen una serie de normas que regulan actuaciones abusivas por parte del sector financiero, como por ejemplo las tasas de usura o la misma Ley 1328 de 2009. Lo anterior impide que las entidades del sector financiero establezcan cláusulas abusivas en los contratos. Esto resulta totalmente aplicable al leasing habitacional, en el sentido que se protege en cierta medida a los locatarios. No obstante, urge una regulación especial del legislador para establecer un cuerpo normativo que discipline con claridad los derechos, obligaciones, riesgos y causales de terminación del contrato de leasing habitacional.

- d. **Presupuesto de habitabilidad.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala respecto al presupuesto de habitabilidad lo siguiente:

“Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

Sin duda alguna, el requisito de habitabilidad es el más importante en el estudio del problema de investigación de este escrito, ya que las entidades del sector financiero únicamente deben celebrar el contrato de leasing habitacional cuando el inmueble ofrezca a sus ocupantes un lugar seguro, que los proteja de cualquier vector climático, riesgos estructurales, enfermedades, entre otras. Esto no quiere decir que las entidades de leasing tengan que hacer un examen minucioso, pero si deben rechazar el servicio de financiación de un bien, que desde la óptica de un hombre

promedio represente un claro riesgo para la salud e integridad de los usuarios que vayan a ocupar el inmueble.

- e. **Presupuesto de asequibilidad.** Sobre la asequibilidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece lo señalado a continuación:

“La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

En Colombia, especialmente en el año 2020, diferentes políticas estatales del Gobierno han promovido el acceso a vivienda, a través de créditos hipotecarios y también mediante el leasing habitacional, los cuales buscan que las personas puedan acceder a mecanismos de financiación para la adquisición de viviendas. Las políticas del Estado colombiano frente a la promoción de distintos programas para adquirir vivienda, que incluyen a las personas menos favorecidas, son los

siguientes: i) Semillero de propietarios, II) Mi casa ya, III) Subsidio concurrente y, IV) subsidio para compra de vivienda no VIS.¹⁵⁰

- f. **Presupuesto sobre el lugar.** La ubicación del bien también tiene unas exigencias para garantizar que las personas en su sitio de vivienda puedan satisfacer unas necesidades mínimas, como la educación, el trabajo, la cultura, etc. El Comité sobre este presupuesto señala lo siguiente:

“La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

Esto quiere decir, que las entidades de financiamiento deben ser diligentes en torno a que se deben financiar inmuebles que encuentren ubicados en sitios que atiendan a las necesidades de los consumidores. Mal se haría en financiar inmuebles que se encuentran en perímetros totalmente alejados de manera abrupta de los centros de trabajo o establecimientos de educación.

- g. **Presupuesto de adecuación cultural.** El último presupuesto de la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es sobre la adecuación cultural. Sobre este punto, el Comité establece lo siguiente:

“La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al

¹⁵⁰ Información obtenida de <https://minvivienda.gov.co/viceministerio-de-vivienda/espacio-urbano-y-territorial/aula-de-financiamiento/instrumentos-de-financiamiento>

desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

El último presupuesto exige que los proyectos inmobiliarios se adecuen a la expresión e identidad cultural de cada sociedad y además aquellos proyectos deben tener servicios tecnológicos modernos que garanticen la conectividad en las redes de la comunicación de las distintas familias.

2.3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

En conclusión, sobre el capítulo segundo, el contrato de leasing habitacional en sus dos modalidades es un instrumento de financiación de la vivienda que además es un mecanismo para adquirir una vivienda digna. Mediante este contrato, una entidad autorizada entrega la tenencia de un inmueble, cuyo bien lo ha seleccionado de manera previa el respectivo locatario. El locatario como contraprestación del contrato paga un canon periódico, que contiene un sistema de amortización, para que al final del término pactado pueda ejercer la opción de compra. La opción de adquisición o compra se ejerce a través del pago de un valor residual del activo. Con el ejercicio de esta figura se adquiere la propiedad del activo. Esta definición y descripción de la operación concuerda con lo que debe entenderse como objeto del contrato.

El leasing habitacional tiene tres elementos esenciales: I) la entrega de un bien inmueble, II) cánones periódicos que contienen un sistema de amortización del activo y III) la opción de compra, que debe pactarse desde el inicio del contrato.

Los elementos esenciales del contrato deben permanecer durante la vigencia del contrato, porque si alguna de ellos desaparece por cualquier razón, el contrato se termina anticipadamente.

Si el inmueble se destruye, la consecuencia es que desaparece la opción de compra, teniendo en cuenta que el locatario no tendría la opción de adquirir la propiedad de lo inexistente, por lo que la consecuencia jurídica es la terminación anticipada del contrato.

Aunado a lo anterior, el contrato de leasing habitacional es atípico. Por lo tanto, serán las estipulaciones de los contratantes las que se encarguen de regular y gobernar el contrato, en vista, de que, si los suscriptores del respectivo instrumento negocial han determinado una consecuencia jurídica específica, no habrá necesidad de que se integre el contrato con otras disposiciones normativas o acudiendo a la analogía.

Al ser el leasing habitacional un contrato atípico, se debe recurrir a las fuentes y a la graduación normativa del contrato, siendo la más importante la analogía. La analogía encuentra su fundamento de aplicación en la Ley 153 de 1887.

La analogía es un instrumento hermenéutico que permite la aplicación de normas de situaciones similares que se encuentran reguladas, que en el caso del leasing habitacional serían dos contratos. Por un lado, el contrato de arrendamiento, por cuanto durante la vigencia del contrato el locatario se comporta como un tenedor de la cosa, y, por otro lado, la compraventa, dado que si el usuario decide ejercer la opción de compra estaría adquiriendo la propiedad, es decir, el contrato más semejante es la compraventa.

Durante el desarrollo de la investigación, se puede evidenciar que la práctica del mercado financiero por parte de las instituciones de leasing incorpora unas cláusulas en los contratos que liberan de cualquier responsabilidad a las entidades de leasing por los vicios ocultos y cualquier otro imperfecto del inmueble, conllevando a que dicho riesgo se traslade al locatario.

Un punto muy importante de este segundo capítulo es que el leasing es un mecanismo que permite garantizar la vivienda digna y a su vez financia la adquisición. Por lo tanto, las entidades financieras se encuentran obligadas a desplegar un mínimo grado de diligencia para comprobar que los inmuebles que se van a adquirir cumplan con determinadas características. Es decir, que el inmueble sea habitable, cumpla condiciones de seguridad y dignidad, lo que se traduce en que el inmueble no corra riesgo de destrucción. Lo anterior incluye los riesgos de construcción y diseño. Sin embargo, esta diligencia tampoco es absoluta, ya que la selección del inmueble está por regla general a cargo del locatario.

Finalmente, en este capítulo se llegó a la conclusión, que la causa del contrato es netamente de financiación de un activo. Esto produce como consecuencia que la destrucción del inmueble no conlleve a una desaparición sobrevinida de la causa,

ya que las partes tienen como motivación del contrato la financiación de un inmueble, más no propiamente el uso del bien durante la vigencia del contrato.

En el siguiente y último capítulo, se determinará cuál es la consecuencia jurídica de trasladar ese riesgo mediante las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las entidades financieras a los locatarios, teniendo en cuenta que la destrucción del inmueble produce la terminación anticipada del contrato, ya que desaparece un elemento esencial que es la opción de compra, por cuanto los locatarios no pueden comprar lo inexistente.

3. CAPÍTULO TERCERO.

3.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO TERCERO.

En el capítulo tercero de esta tesis se estudiará a profundidad la diligencia del locatario en la etapa de selección del inmueble y su proveedor. Lo anterior, teniendo en cuenta, que una de las características principales del contrato de leasing habitacional es que la regla general es la libertad del locatario para seleccionar el inmueble. Esto justifica la exoneración de la responsabilidad de la entidad de financiamiento por vicios del inmueble, ya que esta se limita a dispensar los recursos necesarios para financiar la adquisición del activo, sin que tenga ningún tipo de intervención en la selección del inmueble.

Por otra parte, en este capítulo se abordará el tema de la dificultad práctica de los usuarios para averiguar sobre la calidad de construcción de los inmuebles, y como esto genera asimetrías de la información. Sin embargo, existen normas urbanísticas y unos amparos patrimoniales que disminuyen el riesgo de que los locatarios puedan verse afectados porque el inmueble tenga vicios ocultos como fallas de construcción o diseño.

Igualmente, se explicará el tema de la responsabilidad y diligencia de la institución financiera en la etapa de la sección del proveedor y del respectivo inmueble por parte del locatario. Por consiguiente, si bien la entidad de financiamiento no tiene participación en la selección del inmueble, esto no es justificante para exonerar de responsabilidad por la calidad del inmueble cuando la empresa de leasing ha actuado de manera gravemente culposa, ya que en Colombia la condonación del dolo futuro ni de la culpa grave no es válida por disposición del Código Civil.

Aunado a lo anterior, en este escrito se expondrán las razones de tipo legal y económico que permiten comprender la razonabilidad y la lógica de las cláusulas que exoneran de la responsabilidad a las entidades autorizadas por los vicios del inmueble. Dicha situación genera que el riesgo por la calidad, buen estado e idoneidad del bien se traslade de la empresa de leasing al locatario, no solo por dicha estipulación contractual, sino también por la naturaleza de la operación de leasing.

Frente a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, se hace especial énfasis en los requisitos para que haya validez de las respectivas cláusulas. Es

decir, cuáles requisitos deben cumplirse para que estas no se tornen ineficaces, como, por ejemplo, cuando la entidad no permite que el locatario seleccione el inmueble, no cede las acciones del contrato o su actuación es dolosa o gravemente culposa.

Al comprender la naturaleza jurídica de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las instituciones financieras por los vicios del inmueble, se concluye que la consecuencia jurídica cuando el inmueble se destruye es la terminación anticipada del contrato y su consecuente necesidad de liquidar el contrato.

Cabe destacar en este capítulo un aspecto importante respecto a la regulación contractual del comportamiento de los cánones en cuanto a su obligación de pagarse periódicamente cuando el bien no se puede usar. Es decir, las partes estipulan que el comportamiento del canon no se va a afectar porque el bien no pueda usarse por cualquier motivo. Sin embargo, aquella estipulación es simplemente una forma de liquidar el contrato, teniendo en cuenta que la destrucción del inmueble produce la terminación anticipada del contrato.

En efecto, la prolongación del pago del canon es simplemente una forma de liquidar el contrato, ya que el leasing habitacional termina cuando el inmueble se destruye, por cuanto el locatario no puede ejercer la opción de compra, ya que este último es un elemento esencial del contrato.

Finalmente, en este capítulo se explicará la responsabilidad directa del proveedor del inmueble con el locatario por los vicios de calidad e idoneidad del inmueble. Por lo tanto, si bien no existe una relación contractual entre estos dos sujetos, si se genera una relación de consumo. En consecuencia, el locatario se encuentra legitimado para ejercer una acción de protección al consumidor en contra del proveedor (constructor o enajenador de la vivienda) para que se ordene que el proveedor cumpla con la garantía de calidad, idoneidad y seguridad del bien, tal como lo establece el Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011).

3.2. SELECCIÓN DEL INMUEBLE POR PARTE DEL LOCATARIO Y SU RESPONSABILIDAD

El contrato de leasing habitacional es un instrumento netamente de financiación del activo y que además promueve la adquisición de vivienda digna. No obstante, la

entidad de leasing no escoge al proveedor y al inmueble. Por el contrario, es el futuro locatario quien debe buscar el bien que se adecue a sus necesidades, para de esta forma seleccionarlo y comunicarle a la entidad de financiamiento cuál es el bien que aquella debe adquirir para celebrar y ejecutar el contrato de leasing.

Teniendo en cuenta que las entidades de leasing tienen como actividad el financiamiento y el respectivo pago de las tasas de interés, estas no están obligadas a investigar minuciosamente la calidad de la construcción del inmueble. Es decir, esta es una carga que tiene que asumir necesariamente el usuario, máxime, cuando éste es el interesado en que se le financie la adquisición del inmueble.

Desde esta óptica, se desprende la diligencia que debe tener el locatario en la selección del bien y del proveedor, ya que aquel estará encargado de seleccionar el bien que satisfaga sus necesidades.

Ahora bien, cuando el bien es un mueble, y se trata de un leasing financiero, resulta más sencillo que el cliente se encargue de investigar la calidad del bien. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la mayoría de casos, aquel es un comerciante que desarrolla una actividad económica y que conoce cuál es el activo idóneo para la empresa. Sin embargo, cuando se tratan de inmuebles, aquella actividad de investigación se dificulta, dado que no es sencillo para una persona saber cuándo un inmueble no se ha construido en cumplimiento de las disposiciones técnicas urbanísticas y de ingeniería, o tiene fallas de diseño y/o construcción.

Por estas razones, no se puede predicar que para el futuro locatario la investigación del bien, en cuanto a sus características de construcción y diseño representen una tarea sencilla de cumplir. Esto no quiere decir, que el usuario se exonere de la responsabilidad por una mala elección del inmueble cuando contractualmente se trasladan los riesgos de la cosa de la entidad de leasing al locatario, como, por ejemplo, cuando el bien se destruye por causas imputables al constructor o proveedor.

En consecuencia, se requiere que el interesado en que se le financie la adquisición del activo a través de la figura del contrato de leasing habitacional desarrolle una conducta diligente en la selección del activo.

El autor español Mauricio Andrés Inostroza también explica que antes de que se suscriba el contrato de leasing, el usuario debe haber elegido el bien y al proveedor

del mismo.¹⁵¹ Por lo tanto, es responsabilidad exclusiva del futuro locatario cualquier vicio que pueda tener el inmueble, sin perjuicio de la responsabilidad del proveedor o constructor del inmueble.

A pesar de que todas las entidades autorizadas en Colombia pactan una cláusula expresa que exonera de responsabilidad a las instituciones financieras por los vicios del bien, la misma naturaleza de la operación de financiamiento resultaría suficiente para exonerar de responsabilidad a la empresa de leasing. Lo anterior se justifica en que si aquella no selecciona el bien ni a su proveedor resultaría totalmente desproporcional e inequitativo que una entidad que únicamente provee los recursos para financiar la adquisición de un inmueble termine siendo responsable por los defectos del activo que selecciona exclusivamente el cliente.

En la etapa precontractual el rol que desempeña el futuro locatario en la selección del inmueble es clave, por cuanto el usuario es quien debe asumir los riesgos por destrucción del inmueble, sin que la entidad de leasing esté llamada a responder patrimonialmente porque el inmueble no cumpla con los propósitos para los cuales fue seleccionado, bien sea porque se destruyó o porque está en inminente riesgo de colapso por una mala construcción o diseño del bien.

No obstante, sostener que el locatario debe ser diligente en la selección del inmueble conlleva a exigir una carga que la mayoría de personas no están en la capacidad de cumplir. Es decir, las personas que buscan la adquisición de una vivienda no tienen los conocimientos en ingeniería o construcciones para determinar cuándo el inmueble se construyó sin el cumplimiento de las normas técnicas de construcción. Lo anterior se conoce como asimetrías de la información.

Las asimetrías de la información son fallas del mercado. Estas asimetrías de la información ocurren cuando un agente tiene mayor conocimiento frente a la calidad y las características de un bien, mientras que otro agente no tiene tal conocimiento.¹⁵²

¹⁵¹ INOSTROZA SÁEZ, Mauricio Andrés. Estructura unitaria del leasing financiero y su influencia sobre los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017. p. 414.

¹⁵² PERROTINI, Ignacio. La economía de la información asimétrica: micro fundamentos de competencia imperfecta. Revista de la Facultad de Economía – BUAP. 2002. Vol. VII. No. 019. p. 59 – 67.

En el caso del leasing habitacional existen asimetrías de la información porque el constructor y vendedor tienen bastante información sobre la calidad y las características de construcción del inmueble, mientras que los potenciales compradores, incluido a los locatarios no logran obtener la totalidad de conocimiento para determinar si el inmueble fue construido en cumplimiento de las normas de ingeniería. Por lo tanto, para reducir dichas asimetrías de la información se requiere que el Gobierno intervenga para proteger a las personas que están interesadas en adquirir un bien.

Con el propósito de reducir las asimetrías de la información que se generan cuando una persona quiere adquirir un inmueble, independientemente del origen de los recursos, existen unas normas urbanísticas que se encargan de proteger a los adquirentes de que los proyectos inmobiliarios se construyan con el cumplimiento de las normas técnicas. Sin embargo, esto no es garantía para que las unidades inmobiliarias no colapsen por errores de construcción y/o diseño.

En aras de una mejor comprensión del problema de investigación, a continuación, se hará referencia a las normas en el sector de la construcción que contienen disposiciones normativas para garantizar que las construcciones cumplan con ciertas normas técnicas y cuáles entidades se encargan de inspeccionar a las constructoras para vigilar su cumplimiento.

Esta parte del capítulo se justifica en que las normas urbanísticas también protegen al locatario, dado que aquel es quien asume el riesgo de destrucción del inmueble, independientemente de la causa que lo produzca, lo cual incluye, el colapso del bien por un error de construcción o diseño.

3.3. NORMAS URBANÍSTICAS PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS INMUEBLES

Sea lo primero advertir, que el derecho de propiedad cumple una función social en favor de la sociedad. Por ende, todas las construcciones y edificaciones encuentran una limitación en torno a proteger la seguridad de los ciudadanos. Es así como el *ius aedificandi*, es decir, el derecho a edificar tiene limitaciones de orden público y normas técnicas de ingeniería que propenden por construcciones seguras.

Con respecto al *ius aedificandi*, los autores Aida Elena Lemus y Víctor David Lemus señalan que aquella facultad es un derecho limitado por la ley urbanística y los

planes de ordenamiento territorial de cada municipio. Es importante destacar, que dentro de las normas urbanísticas están incluidas las disposiciones y reglamentos técnicos de construcción.¹⁵³

Para que el Estado pueda lograr que los distintos constructores cumplan con las disposiciones del derecho urbanístico se han creado las curadurías urbanas, sin perjuicio de la competencia de cada municipio en la vigilancia de los proyectos inmobiliarios que se desarrollen en los distintos entes territoriales.

Este control que ejerce el Estado, bien sea a través de las curadurías urbanas o los entes municipales y/o distritales se conoce como control urbanístico. Por lo tanto, el desarrollo inmobiliario debe sujetarse al control estatal que se instrumentaliza mediante las normas de ordenamiento territorial, uso del suelo, normatividad sísmica, reglamentos técnicos, entre otros, los cuales pretenden garantizar la seguridad e idoneidad de las edificaciones que se construyen.

Con fundamento en lo anterior, se desprende como el Estado minimiza el riesgo de selección del inmueble del futuro locatario con la normatividad del derecho urbanístico. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, esto no es garantía que el inmueble no pueda colapsar, tal como se ha evidenciado en los últimos años con distintos proyectos inmobiliarios, como, por ejemplo, el famoso caso del edificio Space en Medellín.¹⁵⁴

Sobre el control urbanístico, la Corte Constitucional ha expuesto que esta disciplina del derecho se encarga de garantizar el uso adecuado y racional del suelo, mejorar la calidad de vivienda de los ciudadanos y en especial, mejorar la seguridad de los asentamientos humanos. De esta forma, cuando se desarrolla una construcción u obra sin la respectiva licencia urbanística, se incurre en una infracción y hasta se puede ordenar la demolición de la misma.¹⁵⁵

Antes de construir una obra inmobiliaria es obligatorio que se obtenga la licencia urbanística por parte del curador urbano o las dependencias distritales o

¹⁵³ LEMUS CHOIS, Aida Elena y LEMUS CHOIS, Víctor David. Introducción a las infracciones urbanísticas. Bogotá: Universidad de los Andes. 2013. p. 120-150.

¹⁵⁴ [RESTREPO ISAZA, Diego. Ejercicio del control de la actividad constructora en Medellín – El caso Space. Tesis de Maestría en Derecho – Universidad Eafit. \[en línea\]. 2016. p. 197 – 228.](#)

¹⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 816 de 2012, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 16 de octubre de 2012, Bogotá D.C.

municipales. Estas entidades son las que se encargan de revisar que el respectivo proyecto inmobiliario cumpla con los requisitos legales y los reglamentos técnicos, a través de la revisión de los planos, las memorias y los estudios respectivos, tal como lo señala el artículo 15 de la Ley 400 de 1997.

La licencia urbanística es definida por el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 como un acto administrativo de carácter particular y concreto, que expide el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente. A través de la licencia urbanística, el curador o ente competente autoriza para que se puedan adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, de ampliación, entre otras actividades.

El citado artículo 99 señala que la licencia urbanística implica la adquisición de los derechos de desarrollo y construcción, en los términos y condiciones que se encuentren contenidos en el respectivo acto administrativo.

De manera previa a la expedición de la licencia urbanística, el curador o los entes municipales tienen la obligación de revisar cada proyecto inmobiliario desde el punto de vista jurídico, urbanístico, arquitectónico y estructural, incluido la revisión de que la futura obra cumpla con el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente, según lo dispuesto por el artículo 2.2.6.1.2.2.3 del Decreto 1077 de 2015. Lo anterior protege al locatario desde la óptica de esta investigación, debido a que entidades especializadas son las que tienen la tarea de revisar que los diferentes proyectos inmobiliarios no vayan a colapsar por riesgos de diseño y/o construcción. Por lo tanto, el locatario no se encuentra desamparado, pero sin lugar a duda es el quien asume el riesgo de pérdida del inmueble en caso de que este perezca por cualquier motivo, teniendo en cuenta que en virtud de las cláusulas contractuales de exoneración de la responsabilidad de la institución financiera todos los riesgos de la cosa se trasladan de la entidad financiera al locatario.

En la construcción de los proyectos de vivienda participan distintos actores, lo que trata de garantizar que la obra se desarrolle conforme a la reglamentación técnica de ingeniería, siendo esto una garantía adicional para los diferentes agentes que seleccionan los inmuebles. El artículo 5 de la Ley 400 de 1997 establece que en toda construcción participan el propietario del predio, el constructor, el diseñador arquitectónico, el diseñador estructural, el diseñador de los elementos no estructurales, el ingeniero geotecnista, el revisor de los diseños y el supervisor técnico.

A pesar que desde el año 1997 existe una normatividad exigente para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, lo que incorpora los proyectos de vivienda que se enmarcan dentro del contrato financiero de leasing habitacional en cualquiera de sus dos modalidades. Sin embargo, se han presentado fallas en las construcciones, perjudicando gravemente a los propietarios, a los locatarios y a la sociedad en general. Por consiguiente, en el año 2016, se expidió la Ley 1796, mediante la cual se diseñaron una serie de normas que protegen al comprador de vivienda, y aunque el locatario no es comprador de vivienda, si es el que asume el riesgo, por lo que esta norma le es aplicable. En consecuencia, esta Ley protege al locatario porque con los distintos requisitos normativos que se exigen al constructor y enajenador de vivienda se incrementa la seguridad técnica y de construcción de las edificaciones.

La Ley 1796 de 2016 en primera medida se encarga de definir lo que debe entenderse por constructor, enajenador de vivienda, vivienda nueva y unidad estructuralmente independiente.

Conforme a lo establecido por el artículo 2 la Ley en mención, el constructor es cualquier persona natural o jurídica, que por los altos costos que detenta el sector inmobiliario, aquella será por lo general una persona jurídica. Además, se requiere que tenga la experiencia y el profesionalismo para desarrollar las distintas obras. Esta Ley señala que el constructor será el responsable de tramitar la licencia de construcción ante la Curaduría Urbana o entidad competente.

El mismo artículo 2 de la citada norma define al enajenador de la vivienda como la persona que tiene la titularidad de dominio del predio conforme al certificado de tradición y libertad. El enajenador de vivienda tiene dentro de su objeto social la transferencia de las unidades habitacionales por primera vez. No obstante, también es posible que la persona no tenga dentro de su línea de negocios la venta de inmuebles, por lo que cualquier persona natural o jurídica puede sea enajenador de vivienda. Sin embargo, se debe cumplir con los requisitos administrativos que establece el Decreto 1077 de 2015 y demás normas concordantes para iniciar con la fase de comercialización y enajenación de los inmuebles.

También la Ley 1796 regula lo que debe entenderse por vivienda nueva, para lo cual la Ley en mención señala que es aquella edificación que permite desarrollar nuevas unidades para el uso habitacional, como, por ejemplo, apartamentos y casas. Estas unidades habitacionales se transfieren únicamente cuando se han adquirido los amparos de cubrimiento patrimonial para garantizar perjuicios

patrimoniales que produzca las edificaciones en caso de que se venga en ruina, tal como lo regula la citada Ley.

Por último, y dentro de las definiciones que trae la Ley 1796, está el concepto de unidad estructuralmente independiente. El anterior concepto se define como un conjunto de elementos estructurales que cuando se ensamblan están en la capacidad de soportar las cargas gravitacionales y/o fuerzas horizontales que se generan en una edificación individual, según lo establecido por el numeral 4 del artículo 3 de la normatividad en mención.

Por otra parte, la Ley 1796 exige que en los predios que superen los dos mil metros cuadrados de área construida se debe solicitar a costo de quien requiere la licencia de construcción ante la Curaduría Urbana una certificación de un profesional especializado en la materia. Lo anterior con el objetivo de que se verifique que los planos y el proyecto de construcción cumplan con las disposiciones normativas y los reglamentos técnicos que exige el Decreto 1077 de 2015. Aunado a lo anterior, el profesional que certifique el cumplimiento de todas las normas debe firmar los planos y demás documentos técnicos del proyecto como prueba y constancia de haberse efectuado la revisión conforme a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 1796 de 2016.

La ley otorga plena libertad y autonomía para que el constructor elija al experto en certificar el proyecto inmobiliario. No obstante, sería más adecuado que sean entidades públicas o al menos profesionales previamente avalados especialmente por el Gobierno Nacional para evitar que se presenten eventos de corrupción o un mal análisis del proyecto, lo cual atenta contra la sociedad en general, y específicamente contra los interesados en adquirir las unidades inmobiliarias, como lo podrían ser los locatarios.

La revisión estructural que predica el artículo 3 de la Ley 1796 de 2016 no se exige cuando la construcción no supere los dos mil metros cuadrados. Aunque la Ley exige que se cumplan con las disposiciones legales y reglamentos técnicos. Lo anterior resulta desacertado legislativamente en torno a que se debe proteger al consumidor, y una forma de lograrlo es exigir la revisión estructural independientemente de los metros cuadrados que vaya a tener el respectivo proyecto inmobiliario.

Otro aspecto de la Ley 1796 que garantiza la seguridad de los futuros adquirentes de los inmuebles es la obligatoriedad de la supervisión técnica del proyecto. El supervisor técnico independiente es elegido por el constructor. Sin embargo, la Ley solo exige esta supervisión cuando la construcción tiene más de dos mil metros cuadrados, y tratándose de edificaciones que no superen los dos mil metros cuadrados, únicamente la Ley le exige que el constructor, diseñador estructural y propietario se limiten a ejecutar la construcción conforme a la licencia que haya expedido la respectiva Curaduría Urbana.

En todo caso, la Ley también exige que con la supervisión técnica obligatoria haya controles de calidad. Por lo tanto, el constructor debe contar con el apoyo y la participación del diseñador estructural del proyecto y del ingeniero geotecnista.

Cuando el constructor eleva consultas y aclaraciones o estas son realizadas directamente por el supervisor técnico es obligatorio que de las mismas se deje constancia y se registren en los documentos de la supervisión de la obra según lo reglado por el parágrafo 3 del artículo 4 de la Ley 1796 de 2016.

Con la finalidad de aumentar la seguridad de los ocupantes de los inmuebles la Ley contiene la exigencia de un certificado técnico de ocupación para los distintos proyectos inmobiliarios. Este certificado debe ser expedido por parte del supervisor técnico independiente, el cual deberá realizarse bajo la gravedad de juramento. El Supervisor deberá manifestar en el certificado que la obra inmobiliaria tuvo la supervisión correspondiente, sumado, a que aquella certificación debe contener la constancia de que la edificación se ejecutó conforme a los planos, diseños, especificaciones técnicas, estructurales y geotécnicas exigidas por el Reglamento Colombiano de Construcciones Sismorresistentes y aprobadas, tal como lo exige el artículo 6 de la Ley 1796 de 2016.

Es obligatorio que el certificado técnico de ocupación se protocolice mediante escritura pública a cargo del enajenador de la vivienda. La certificación también debe inscribirse en el folio de matrícula inmobiliaria del respectivo predio. Así mismo, dicha escritura que contiene el certificado técnico de ocupación tiene que ser inscrita en el folio de matrículas de todas las unidades privadas que resulten del proyecto inmobiliario.

El legislador señala que las actas de supervisión técnica independiente y la certificación técnica de ocupación deberán ser remitidas ante las entidades que se

encargan de ejercer el control urbano en cada municipio. Además, estos documentos son públicos y a ellos pueden acceder todos los interesados en conocerlos, lo anterior conforme al artículo 6 de la Ley 1796 de 2016.

Para garantizar que se cumpla con el trámite de la certificación técnica de ocupación, el artículo 10 de la Ley 1796 de 2016 exige que los notarios y registradores de instrumentos públicos no otorguen ni inscriban ninguna escritura de transferencia de la propiedad de inmuebles mientras no se haya protocolizado e inscrito la certificación técnica de ocupación.

Cabe señalar que antes de la expedición de la Ley 1796 de 2016, distintos autores como Diego Restrepo Isaza expresan que el problema del colapso de proyectos inmobiliarios no se trata de casos aislados, sino que por el contrario es un problema sistémico que se presenta en distintas ciudades del país. Lo anterior por la existencia de fallas del sistema, especialmente en lo relacionado con el diseño estructural, la falta de una adecuada supervisión técnica del proyecto y el desconocimiento del ordenamiento vigente, lo cual incluye a los reglamentos técnicos.¹⁵⁶

3.4. NUEVA FIGURA DE AMPARO PATRIMONIAL AL COMPRADOR DE VIVIENDA NUEVA

Otro mecanismo que se encuentra diseñado en Colombia para reducir las asimetrías de la información respecto a la selección del proveedor del inmueble son los amparos patrimoniales al comprador de vivienda nueva. No obstante, esta protección es limitada por un periodo de tiempo y no protege a los locatarios que seleccionan inmuebles usados.

El artículo 8 de la Ley 1796 de 2016 estableció que los constructores o enajenadores de vivienda nueva se obligan a cubrir los perjuicios patrimoniales que se pueden causar a los propietarios que se vean afectados por la amenaza en ruina o la destrucción del inmueble, bien sea por un vicio de la construcción o del suelo. Para poder cubrir los perjuicios, la Ley en mención dispuso que esos posibles perjuicios

¹⁵⁶ RESTREPO ISAZA, Diego. El control de la construcción y el control urbano en Colombia: El caso Medellín y la Ruta Medellín vivienda segura 2014 – 2024; retos y oportunidades. En: Revista de Ingeniería - Universidad de los Andes, 2014, no. 41. p. 90 – 94.

se garantizarían con el propio patrimonio del constructor o enajenador de vivienda con garantías bancarias, productos financieros, seguros, entre otros. La Ley delegó en el Gobierno Nacional la reglamentación de la materia.

De esta forma, y solamente hasta el año 2019, el Gobierno expidió el Decreto 282 de 2019, a través del cual se reglamentan las medidas legales de protección al comprador de vivienda nueva. Lo anterior, con el propósito de amparar cualquier clase de perjuicio patrimonial que pueda sufrir el propietario del inmueble.

Cabe decir, que, la Ley regula la protección hacía el propietario del bien. Sin embargo, no puede interpretarse la norma de una forma restrictiva en los contratos de leasing habitacional, teniendo en cuenta que la entidad de leasing es la titular de dominio del activo, pero el locatario es quien tiene el interés en el inmueble, y además es el que asume el riesgo de destrucción del activo. Por lo tanto, esta medida de protección también resulta aplicable a los locatarios.

No obstante, es necesario aclarar que el amparo patrimonial es pagado directamente a la empresa de leasing, ya que ella es la propietaria del inmueble. En todo caso, la institución financiera tiene que aplicar la indemnización que reciba de parte del constructor o enajenador de vivienda a la suma adeudada por el locatario. Esta suma está compuesta por el valor del inmueble y los cánones insolutos.

Una vez se haya aplicado la indemnización al monto adeudado y al precio del inmueble se debe entregar el valor residual al locatario. Esto se justifica en que el locatario ha venido amortizado el precio del activo. En consecuencia, aquel también resulta afectado por la destrucción del bien. Es decir, la institución financiera no puede quedarse con la totalidad de la indemnización recibida. Por el contrario, únicamente puede recibir los recursos que sean necesarios para saldar el valor de financiamiento, el cual incluye el precio del inmueble.

La misma teoría que se predicó frente a los seguros que amparan los riesgos de destrucción del inmueble por incendio o terremoto es aplicable a la indemnización que entregue el proveedor del inmueble. Lo anterior se justifica en que si la institución financiera recibe la totalidad de la indemnización, sin que se le entregue un porcentaje al locatario, aquella se estaría enriqueciendo sin justa causa en detrimento del consumidor financiero. Hay que recalcar nuevamente, que el locatario ha amortizado el precio del activo. Por ende, él tiene derecho a recibir el valor restante de la indemnización.

Volviendo al amparo patrimonial que debe constituirse conforme a la Ley 1796 de 2016, el Decreto 282 de 2019 señala en el artículo 2.2.6.7.1.1.3 que antes de que el constructor o enajenador de vivienda realice la primera transferencia del dominio de los inmuebles se encuentra en la obligación de constituir un mecanismo de amparo patrimonial con el objetivo de cubrir los perjuicios de contenido patrimonial ocasionados al propietario o a los sucesivos propietarios. El término de protección es de diez años, los cuales deben ser siguientes a la expedición de la certificación técnica de ocupación. Este mecanismo de amparo es obligatorio cuando se pretenda transferir la propiedad a terceros de más de cinco unidades habitacionales.

Los mecanismos de amparo pueden ser mediante el patrimonio propio del enajenador y/o constructor de vivienda, como, por ejemplo, a través de la fiducia en garantía, una garantía bancaria o una póliza de seguro. Aunque el Decreto permite que puedan existir otros mecanismos de cobertura, estos aún no están siendo utilizados en la actualidad. Además, la Superintendencia Financiera de Colombia debe mediante regulación especial establecer cuáles son las condiciones y operación de los mismos.¹⁵⁷

El Decreto 282 de 2019 también se encarga de excluir los siguientes daños frente al amparo que se debe constituir para la protección de los compradores de viviendas nuevas. Las exclusiones conforme al artículo 2.2.6.7.1.1.6 son los enunciados a continuación: i) daños extrapatrimoniales y/o corporales, ii) daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes, iii) daños causados a bienes muebles, iv) daños ocasionados por modificaciones, v) obras realizadas en el edificio después de haberse expedido el Certificado Técnico de Ocupación por parte del supervisor técnico independiente, salvo aquellas obras que se efectúen para evitar la ruina del inmueble, vi) daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento o mantenimiento inadecuado de la edificación, vii) daños originados por incendio, terremoto, inundación, asonada, motín, explosión y por agentes externos y finalmente, viii) daños a los inmuebles por destinación (árboles, etc.).

La normatividad de vivienda indica que cualquier mecanismo que se constituya debe tener liquidez. Es decir, el mecanismo se tiene que hacer efectivo para lograr el pago de la indemnización, reconstruir las unidades inmobiliarias o realizar la

¹⁵⁷ **Artículo 2.2.6.7.1.5.1. del Decreto 282 de 2019. Procedencia de otros mecanismos.** De conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1796 de 2016, en el evento que se presenten los análisis técnicos y financieros que evidencien la procedencia de otros mecanismos, la Superintendencia Financiera establecerá las condiciones y operación de los mismos.

intervención de ingeniería, con el propósito de garantizar la estabilidad, habitabilidad y seguridad de los inmuebles.¹⁵⁸

Un punto importante que debe destacarse en los mecanismos de amparo es el valor del mismo. Al respecto, el artículo 2.2.6.7.1.1.10 establece que el valor de la cobertura del mecanismo de amparo será igual al valor de reconstrucción o reemplazo de la vivienda amparada.

Aunado a lo anterior, este Decreto se encarga de regular de manera detallada y especifica la constitución de mecanismos de amparo como lo son la fiducia en garantía, la garantía bancaria, y otros mecanismos. Todos estos mecanismos con la finalidad de garantizar la protección del comprador de vivienda nueva.

Respecto a lo anterior, es viable concluir que estos mecanismos de amparo únicamente operan frente al comprador de vivienda nueva, y con posterioridad a la expedición del Decreto 282 de 2019, sumado a que el término de protección es de solamente diez años. Esto quiere decir, que existe un alto grado de inseguridad, teniendo en cuenta que los contratos de leasing habitacional se proyectan a mediano y largo plazo, términos que superan los 10 años, por lo que el usuario eventualmente se verá obligado a asumir la pérdida del inmueble, sin que exista un amparo especial que lo proteja por la destrucción del inmueble debido a las fallas estructurales o de diseño.

También hay que mencionar que estos mecanismos de amparo no protegen al adquirente de vivienda usada, a pesar, de que gran parte de las transacciones para la compra de vivienda se hace sobre inmuebles usados. Por lo tanto, la problemática abordada en este escrito cobra importancia, en el sentido de que el locatario asume el riesgo de la destrucción del inmueble, y la destrucción a su vez produce la terminación anticipada del contrato como se propone en este escrito.

3.5. RESPONSABILIDAD Y DILIGENCIA DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA EN LA ETAPA DE SELECCIÓN DEL PROVEEDOR

En el contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar contiene una exigencia especial para las instituciones financieras. Esta obligación exige a las entidades de financiamiento que para poder otorgar un financiamiento

¹⁵⁸ Artículo 2.2.6.7.1.1.9 del Decreto 282 de 2019.

que se destine a vivienda familiar es necesario obtener y analizar la información referente al deudor y la garantía, con base a una metodología técnicamente idónea, que permita proyectar la evolución previsible tanto del precio del inmueble, como de los ingresos del deudor. Lo anterior, con el propósito de que pueda concluirse que el crédito será atendido y esté suficientemente garantizado conforme a lo señalado por el numeral 9 del artículo 17 de la Ley 546 de 1999, lo cual se aplica únicamente al leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar por remisión expresa del artículo 2.28.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

El autor Álvaro Mendoza explica que las garantías buscan asegurar que el deudor cumpla con sus obligaciones. Las garantías pueden ser personales o patrimoniales. El profesor Mendoza argumenta que en algunos casos las garantías son contratos accesorios como las hipotecas, pero en otras cosas no hay un contrato accesorio, sino que existe una unidad entre la obligación principal y su respaldo como el contrato de leasing.¹⁵⁹ Es decir, en el leasing no existe un contrato accesorio porque cuando la entidad conserva la propiedad del inmueble respalda el servicio de financiación con el mismo bien.

No cabe la menor duda que a pesar de que el contrato de leasing es de financiación de un activo, el mero hecho de que la propiedad del mismo siga en cabeza de la institución financiera conlleva a que sea una garantía del valor de financiamiento del inmueble, por lo que las características del bien si le incuben a la respectiva entidad, y, además, es una obligación legal de que las empresas de leasing proyecten que la garantía sea suficiente, esto quiere decir, que si el bien se destruye, la garantía se pierde. No obstante, dicha situación no amerita que la entidad de leasing deba sufrir la pérdida del activo porque el riesgo se traslada contractualmente al locatario.

Adoptar una postura contraria, equivaldría a admitir que, si en un crédito hipotecario el inmueble colapsa la entidad tendría que asumir la pérdida, lo cual es incorrecto, ya que lo que se pierde es la garantía, pero ello no equivale a asumir el riesgo de la cosa porque el deudor se encuentra obligado a pagar el valor de financiamiento independientemente que el inmueble no se pueda usar porque así se estipula contractualmente.

¹⁵⁹ RINCÓN CARDENAS, Erick; MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro; CANGREJO, Luis Augusto; GAITÁN, José Alberto; SÁNCHEZ BELALCÁZAR, Alfredo; VARÓN PALOMINO, Juan Carlos & MANRIQUE NIETO, Carlos. Actualidad jurídica: Contratos de garantía. El contrato de hipoteca. El aval. Cartas de crédito stand-by y garantías de casa matriz. Contrato de prenda. Fiducia de garantía. 2010. Vol. 7. p. 197 – 218.

No se puede obviar que la Ley 546 de 1999 regula los créditos hipotecarios, y por tal razón, la suficiencia de la garantía fue prevista inicialmente para estos créditos, y en ningún caso la destrucción del inmueble afecta a la institución financiera.

Esta norma se aplica por remisión del Decreto 2555 de 2010, y no es admisible que, si el inmueble se destruye, tal pérdida la deba asumir la entidad de financiamiento, por cuanto si bien esta es una garantía, la pérdida de aquella en ningún caso puede representar que el traslado del riesgo que contractualmente se pacta en el leasing quede sin efectos jurídicos.

El inmueble es una mera garantía para el pago de la financiación ofrecida por la entidad, y si dicha garantía desaparece únicamente produce que la entidad en caso de que el deudor no pague deba perseguir el pago con los bienes y activos que integren el patrimonio del locatario, ya que el patrimonio del deudor siempre será la prenda general de los acreedores.¹⁶⁰

La destrucción de la garantía, en ningún momento significa que la entidad deba asumir la pérdida del inmueble, ya que como se expuso en líneas precedentes, contractualmente se pacta que la entidad se exonera de garantizar la idoneidad del inmueble, situación que es válida, y legítima, tal como se ha analizado a lo largo de este escrito.

Por lo tanto, y a pesar de que se podría considerar que la entidad no cumplió con su obligación de lograr que la garantía sea suficiente, dicho incumplimiento en ningún momento puede conllevar a que la entidad sea la que asuma el riesgo de pérdida del inmueble, dado que el riesgo está en cabeza del locatario. La única consecuencia es que la entidad se queda sin garantía para el pago de las obligaciones del locatario.

Ahora bien, bajo la óptica de la Ley 546 de 1999, las entidades de financiamiento cuando vayan a adquirir un inmueble que seleccione el locatario se encuentran obligadas a investigar que aquel sea una garantía adecuada, esto con el propósito de salvaguardar los intereses de las entidades financieras, y que la garantía que es el inmueble no desaparezca por la destrucción del mismo por causas imputables al constructor, debido a un mal diseño o fallas estructurales. De lo contrario, la entidad

¹⁶⁰ Artículo 2488 del Código Civil: Toda obligación personal da al acreedor el derecho a perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.

se quedaría sin garantía, sin embargo, el locatario no puede pretender que la entidad garantice la buena calidad de la cosa, porque la estipulación contractual la exonera de tal responsabilidad.

Por otra parte, las entidades pueden contar con garantías adicionales. De hecho, tampoco legalmente se ha considerado que el inmueble sea una garantía, siendo tal postura una mera interpretación de la norma. Por lo tanto, habrá que concluir nuevamente que la destrucción de la garantía no conlleva a que el riesgo del inmueble pase a la entidad de financiamiento cuando contractualmente se ha estipulado que el riesgo se traslada al locatario.

Sería totalmente desproporcional que, si la garantía se pierde, la entidad tenga que asumir la pérdida del inmueble, ya que su actividad se limita a una intermediación mediante la dispensación de recursos necesarios para la adquisición del bien. Además, que la entidad ni siquiera selecciona el inmueble. Adoptar una postura diferente, equivaldría a admitir que una entidad de financiamiento se encuentra obligada a asumir las consecuencias por las decisiones de elección de los locatarios. Aunado a lo anterior, contractualmente se estipula que aquel riesgo no será asumido por la empresa de leasing.

Cabe destacar que, la mayoría de autores consideran que el riesgo de la pérdida del activo del contrato de leasing debe ser asumido exclusivamente por el locatario, teniendo en cuenta que es éste quien lo elige, y además escoge al proveedor. Por ende, no existe razón para que una entidad que únicamente dispensa los recursos para la adquisición del bien se encuentre en la obligación de soportar la pérdida, independiente de cuál sea la causa que produce la destrucción del bien.¹⁶¹

Las instituciones financieras no tienen la obligación de diligencia en averiguar la calidad e idoneidad de los activos. Sobre el particular, la Superintendencia Financiera de Colombia ha señalado que unas cargas y riesgos se desplazan de la compañía de leasing al locatario, como, por ejemplo, la responsabilidad civil por los deterioros que se generan en el respectivo bien a consecuencia de un vicio oculto o la carga de mantener el bien en estado de funcionalidad, lo cual es asumido únicamente el locatario por la naturaleza de la operación de leasing.¹⁶²

¹⁶¹ INOSTROZA SÁEZ. Op. Cit., p. 414.

¹⁶² Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2011091655-001 del 20 de enero de 2002.

La Corte Suprema de Justicia dentro de sus argumentos en la Sentencia del año 2002 permite concluir que, aunque la sociedad de leasing es la titular de la propiedad del bien, esta no tiene por qué responder por los defectos de calidad que pueda tener la cosa. Es decir, los vicios o defectos ocultos que conlleven a que el bien no pueda cumplir con los fines perseguidos por el locatario son responsabilidad del proveedor y del mismo locatario, en vista de que la entidad no tuvo participación ni incidencia en la escogencia del bien y del proveedor. Lo anterior, teniendo en cuenta que el papel de la institución financiera es de otorgar o dispensar los recursos necesarios para lograr la adquisición del bien con el propósito de poder celebrar y ejecutar el contrato de leasing financiero.¹⁶³

Así mismo, el autor colombiano Gabriel Arias Barreto expone que no existe ningún fundamento para que el riesgo de pérdida del activo lo tenga que asumir la entidad de leasing, por cuanto esta otorga los recursos para financiar el bien, más no tiene una participación diferente en la operación de leasing.¹⁶⁴

Resumiendo lo planteado, las instituciones financieras no tienen ninguna obligación de diligencia en la selección del bien o de su proveedor, ya que su rol se limita a dispensar los recursos necesarios para financiar un inmueble que es requerido por el usuario. Es decir, el rol de la entidad es netamente de financiamiento y no tienen ningún grado de participación o injerencia en la selección del bien y su proveedor. Por consiguiente, el futuro locatario tiene que desplegar un alto grado de diligencia en averiguar y consultar que el bien cumpla con las finalidades y requerimientos, lo que incluye que el activo no tenga vicios ocultos.

Si bien las instituciones financieras en el contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar se encuentran con el deber legal de lograr que la garantía sea suficiente, esto no es argumento, para que la diligencia del locatario de averiguar la calidad e idoneidad del inmueble se traslade a la institución financiera, ya que contractualmente se estipula que el riesgo de la cosa únicamente lo asuma el locatario.

¹⁶³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

¹⁶⁴ ARIAS BARRETO, Gabriel. Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normatividad especial. En: Derecho y realidad, 2019, vol. 17, no. 33. Disponible en: <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n33.2019.9849> p. 2 – 23.

3.6. EFICIACIA DE LA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA

Todos los contratos de leasing financiero en el mercado colombiano, incluido el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y no familiar contienen una cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad de leasing por los vicios ocultos o defectos que pueda tener el activo seleccionado por el consumidor financiero. Esto logra que la empresa de leasing no garantice el buen estado de la cosa durante la ejecución del contrato.

La finalidad de esta cláusula de exoneración de la responsabilidad de la entidad es trasladar el riesgo de la cosa al locatario. Es decir, el locatario es quien asume el riesgo por los vicios ocultos del inmueble como la destrucción del inmueble. Lo anterior no afecta la responsabilidad directa que tiene el proveedor del inmueble con fundamento en la relación de consumo existente entre proveedor y locatario. Lo anterior es objeto de protección por parte del Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011).

Hay que señalar que per se la cláusula de exoneración de la responsabilidad no es abusiva, por cuanto la misma naturaleza de la operación financiera conlleva a que la empresa de leasing únicamente dispense los recursos necesarios para adquirir el activo, sin que tenga ningún tipo de participación en la selección del bien.

Mal se haría en exigir que la institución financiera se responsabilice por la calidad e idoneidad del bien cuando es el usuario quien selecciona al bien y su proveedor. Por lo tanto, las cláusulas de exoneración que son comunes en el mercado de los contratos de leasing no tienen por qué ser consideradas como abusivas cuando el locatario ha sido libre y autónomo de elegir al bien y su proveedor.

El análisis de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad en los contratos de leasing habitacional debe partir de la función económica que persigue en el negocio jurídico. Al respecto, el autor José María de la Cuesta expresa que la razón de ser de cualquier modalidad de leasing es la financiación de un bien. Esto quiere decir, que la causa que impulsa a las partes a celebrar este contrato es un fin económico netamente de financiación, lo que conlleva a concluir que la naturaleza del contrato no es un simple arrendamiento para que la entidad de leasing garantice el buen funcionamiento del bien, sino que, por el contrario, el contrato busca financiar un

activo mediante el pago de cánones que amortizan el precio del activo, con la ventaja de que el usuario pueda usar y explotar el bien.¹⁶⁵

Ahora bien, para que una cláusula se pueda considerar como abusiva, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que únicamente cuando aquellas persiguen ventajas egoístas a costa de la contraparte se deben considerar como abusivas.¹⁶⁶ Tratándose del sector financiero, las mismas estarán llamadas a ser ineficaces por disposición de la Ley 1328 de 2009. No obstante, las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las entidades no tienen una finalidad egoísta ni tampoco buscan desequilibrar el contrato, teniendo en cuenta que la entidad no participa en la selección del inmueble.

Por estos motivos, no es viable que se predique una ineficacia de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil, ya que la finalidad de aquellas cláusulas es proteger a la empresa de leasing de tener que responder por los vicios ocultos de un inmueble cuando su actuación se ha limitado a adquirir el activo para ejecutar el contrato. Por lo tanto, la empresa de leasing es una mera intermediaria y dispensadora de recursos para financiar la adquisición del activo.

Se comparte la postura del profesor Luis Gonzalo Baena, quien expone dos requisitos para la validez de las cláusulas exonerativas de la responsabilidad, las cuales son: i) Ausencia de dolo o culpa grave de la entidad y ii) Cesión de acciones del contrato.¹⁶⁷ En este escrito, además, se propone un nuevo elemento para la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad consistente en la libertad del usuario de la selección del bien y su proveedor, en vista de que, si aquel no puede escoger de manera autónoma el activo, la cláusula sería ineficaz.

La ineficacia de la cláusula se sustenta en que se produce un desequilibrio injustificado del contrato en perjuicio del locatario. En efecto, cuando el inmueble lo selecciona la entidad de leasing y el locatario no tiene libertad y autonomía para elegirlo sería totalmente desproporcional y desequilibrado que las consecuencias de la calidad del activo las asuma una parte que no tuvo participación en la selección

¹⁶⁵ DE LA CUESTA RUTE, José María. El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después. Universidad Complutense de Madrid. 2010. p. 22-25.

¹⁶⁶ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 2010-00364-01 (SC129-2018), M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Bogotá D.C., 12 de febrero de 2018.

¹⁶⁷ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 327 – 334.

del bien. La ineficacia de estas cláusulas es ipso iure por disposición de la Ley 1328 de 2009. Sin embargo, si las partes tiene controversia frente a la existencia de la misma, la autoridad judicial puede reconocer los presupuestos de la ineficacia.

Esta posición también se sustenta en que las cláusulas de exoneración de la responsabilidad son válidas únicamente cuando hay libertad en la selección del bien y su proveedor por parte del locatario, ya que hay un punto de equilibrio económico del contrato, puesto que, si la entidad de leasing no participa en la selección del activo, no existe razón legítima para que la institución de financiamiento asuma el riesgo de la cosa. Sin embargo, cuando el locatario no tiene libertad, y debe restringirse a una gama de opciones que ofrece la entidad de financiamiento, aquella cláusula no comporta ninguna lógica contractual porque la entidad elige el bien, pero el locatario asume el riesgo, lo que es desequilibrada y de hecho busca una ventaja injustificada para la entidad de leasing. Es decir, no existe justificación para que un locatario no tenga la libertad y autonomía de elegir el bien, pero si tenga que asumir el riesgo por una mala elección de la entidad de financiamiento.

Sí la empresa de leasing tiene intervención en la etapa de selección del bien se obliga a una diligencia cualificada, no solo por disposición de la Ley 1328 del 2009, sino que sería inequitativo que una parte seleccione el activo, y la otra parte que es el consumidor financiero asuma el riesgo de la pérdida o destrucción del inmueble. Por consiguiente, la entidad de leasing tendrá que asumir la pérdida del activo, sin que el usuario tenga que afectarse patrimonialmente. Se reitera nuevamente que en este evento la entidad de leasing se excedió de su papel de dispensar recursos financieros, produciendo que tenga la responsabilidad de garantizar que el inmueble cumpla con todas las condiciones técnicas y de seguridad. Es decir, la empresa de leasing sería quien asuma el riesgo de los vicios ocultos del bien.

En efecto, si bien la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no lo manifiesta expresamente, si se puede concluir que únicamente hay validez de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad cuando el usuario puede seleccionar el bien de forma autónoma e independiente. Por lo tanto, si la entidad tiene interés en la colocación de los activos y participa en la selección del proveedor y/o su bien, la cláusula no puede ser admitida y la entidad de financiamiento se encuentra en la obligación de mantener el bien en buen estado de servir.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

Volviendo a los requisitos que ha expuesto la doctrina, uno de los más importantes es que no exista dolo o culpa grave de la entidad de leasing. Lo anterior se justifica en que contractualmente no se acepta la condonación del dolo, siendo nulo cualquier pacto en contrario.¹⁶⁹ En el caso de una cláusula de exoneración de la responsabilidad por los vicios ocultos del inmueble, si se prueba el dolo o culpa grave de la entidad, aquella cláusula no tendrá validez y la institución financiera tendrá que asumir el riesgo de la pérdida de la cosa.

Acierta el profesor Luis Gonzalo Baena cuando explica que no se puede permitir la exoneración de la responsabilidad de las instituciones financieras en los eventos en que ellas no obtienen y analizan información básica referente al bien, ya que el inmueble no tiene que ser un simple techo para impedir la lluvia o el calor, sino que por el contrario debe garantizar condiciones de dignidad y seguridad.¹⁷⁰

Aunque las entidades de leasing no tienen que desplegar una conducta rigurosa en verificar las calidades del inmueble, tampoco es concebible que no se censure cuando una compañía financie un inmueble que con una simple comprobación de información documental se puede deducir lógicamente que el activo no representa condiciones de seguridad o que está al borde del colapso.

Es decir, si por ejemplo la entidad de leasing financia un inmueble que no tiene un certificado técnico de ocupación no sería aceptable que la entidad acepte financiar dicha adquisición a través del contrato de leasing habitacional. En efecto, tampoco se puede admitir que por un negocio de financiamiento la entidad actúe con culpa grave y no tenga consecuencias jurídicas adversas.

El último requisito que expone el profesor Baena es que la entidad de leasing debe ceder las acciones en contra del proveedor del bien para que la cláusula de exoneración de la responsabilidad sea válida.¹⁷¹

La cesión de acciones frente al constructor y/o vendedor es de naturaleza convencional,¹⁷² y conlleva a que el usuario puede ejercitar las distintas acciones

¹⁶⁹ Artículo 1522 del Código Civil: El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. **La condonación del dolo futuro no vale.** (Subrayado por fuera del texto original).

¹⁷⁰ BAENA CARDENAS. Op. Cit., p. 327 – 332.

¹⁷¹ Ibidem., p. 333 – 334.

¹⁷² Ibidem., p. 334.

judiciales para lograr la efectividad de la garantía, la reparación de fallas, vicios ocultos o cualquier otro defecto que tenga el inmueble en demanda directa en contra del constructor o enajenador de la vivienda.

Un punto frente a la cesión de acciones es el concerniente a la autorización previa de las compañías de leasing cuando se persiga la resolución del contrato. En algunos contratos del mercado del leasing habitacional se observa que es una facultad reservada para las instituciones financieras.

Otras entidades financieras exigen que el locatario debe pagar la totalidad del valor de financiamiento, incluido el precio de la opción de compra para que se le cedan las acciones que tengan por objeto la resolución del contrato de leasing habitacional, como se puede observar a continuación:

“EL ARRENDADOR cederá o endosará el(los) contrato(s) documento(s) y pólizas en los que consten las obligaciones de los constructores o vendedores a EL (LOS) LOCATARIO(S) , quedando EL (LOS) LOCATARIO(S) como titular de las acciones y los derechos que tiene EL ARRENDADOR, frente a el constructor o vendedor de los inmuebles, pudiendo EL (LOS) LOCATARIO(S) exigir directamente a dichos constructores o vendedores el cumplimiento del contrato respectivo o pedir la resolución de los mismos con resarcimiento de daños y perjuicios, frente a las autoridades respectivas. Las sumas de dinero que en los eventos descritos adeude EL (LOS) LOCATARIO(S) a EL ARRENDADOR deberán ser cancelados previamente por EL (LOS) LOCATARIO(S) para la entrega de la documentación, con la cual se ceden los derechos de EL ARRENDADOR frente a los constructores o vendedores”.¹⁷³

No cabe duda que la razón de esta limitación o regulación contractual es la protección de la propiedad del inmueble, que es una garantía para la entidad, dado que, si el usuario pudiera solicitar la resolución del contrato sin que pague la totalidad de financiamiento, incluido el precio de la opción de compra o sin que la entidad reciba directamente la indemnización el locatario sería quien reciba la

¹⁷³ Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco Colpatría. Disponible en: <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatría/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/31.-contrato-leasing-habitacional-familiar.pdf>

indemnización proveniente de la resolución del contrato y la entidad de leasing se quedaría sin el inmueble que es una garantía que respalda las obligaciones del locatario frente al pago del valor de financiamiento del activo.

Sin embargo, si por las condiciones propias de cada caso, es necesario la resolución del contrato, las entidades de leasing se encuentran obligadas a acatar la decisión del usuario, y deben prestar toda la colaboración para que el contrato de compraventa entre el proveedor del inmueble y la institución financiera se pueda resolver, y hacer las respectivas restituciones, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar.

En consecuencia, en este escrito se considera que las empresas de leasing no pueden en ningún caso impedir la resolución del contrato cuando por la mala calidad del bien no exista otra alternativa. Por lo tanto, si obstaculizan la resolución del contrato, la cláusula de exoneración de la responsabilidad no podrá tener ninguna validez por ser abusiva, teniendo en cuenta que el usuario tiene que soportar la mala de calidad del bien, y por decisión de la institución no se puede optar por la resolución del contrato de compraventa con el proveedor.

En definitiva, las cláusulas exonerativas de la responsabilidad de las instituciones financieras tienen una lógica contractual solamente en los supuestos en que la institución financiera no tiene ningún tipo de intervención en la selección del activo.

Por consiguiente, para la validez y eficacia de este tipo de cláusulas se deben conjugar tres requisitos, el primero de ellos es la libertad del usuario en la selección del inmueble y su proveedor. El segundo requisito se resume en que no debe existir de dolo o culpa grave de la entidad. Finalmente, el tercer requisito es que la institución debe ceder las acciones al locatario para que pueda legitimarse por activa en las reclamaciones en contra del proveedor y/o vendedor del inmueble, haciendo la salvedad que la restricción para que el usuario no pueda resolver el contrato, o la misma se la reserve la entidad en ningún caso puede ser sinónimo que el locatario no tenga la posibilidad de pedir la resolución del contrato de compraventa cuando el inmueble no cumple las características o representa un peligro inminente de destrucción.

Así las cosas, la empresa de leasing tiene que prestar toda la colaboración y aceptar la resolución del contrato. Sin embargo, la devolución del precio del bien la tiene que recibir la institución financiera en caso de que el locatario no haya pagado

previamente el valor de financiamiento, incluido el precio de la opción de compra. Adicionalmente, se debe liquidar el contrato para restituirle al consumidor financiero las amortizaciones pagadas. Además, el locatario y la empresa de leasing también puede pretender el pago de perjuicios en contra del constructor o enajenador de vivienda por los daños que hayan sufrido.

3.7. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL POR LA DESTRUCCIÓN DEL INMUEBLE Y SU RELACIÓN CON LOS CÁNONES PERIÓDICOS

Cuando el inmueble se destruye por una falla de construcción o diseño, la consecuencia inmediata es la terminación anticipada del contrato porque al no existir el inmueble no hay la posibilidad de ejercer la opción de compra. Es decir, desaparece un elemento esencial del contrato de leasing habitacional, lo que indudablemente produce que el contrato termine de manera anticipada, requiriéndose liquidar el contrato.

El profesor Jaime Arrubla también sostiene que la pérdida total del bien produce la extinción del contrato y la liberación de las obligaciones del locatario.¹⁷⁴ Sin embargo, en este trabajo de investigación se establece que el locatario no se libera de su obligación de pago del valor de financiamiento por la existencia de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de la institución financiera.

Aunque las cláusulas de exoneración de la responsabilidad liberan a la entidad de mantener el bien en buen estado, ello no significa que el contrato continúe vigente, ya que como se explicó anteriormente, la destrucción del inmueble conlleva a la desaparición de un elemento que es de la esencia del leasing habitacional.

La normatividad civil y mercantil señala que los elementos esenciales del contrato son los cuales permiten el nacimiento del negocio jurídico.¹⁷⁵ Sin embargo, aquellos

¹⁷⁴ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 195 – 196.

¹⁷⁵ Artículo 1501 del Código Civil: se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno**, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Artículo 898 del Código de Comercio: la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. **Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin**

también deben permanecer durante la vigencia de los contratos de tracto sucesivo, por cuanto no sería razonable que se pueda afirmar la existencia de un contrato de arrendamiento sin cosa, o un contrato de suministro cuando el objeto salga del comercio, o por ejemplo, un contrato de seguro cuando la cosa asegurada perece y hay una exclusión que no ampare la causal de pérdida, en este último evento, el contrato también estará llamado a terminarse.¹⁷⁶

De esta forma se sustenta la teoría que cuando el inmueble se destruye el contrato de leasing habitacional se termina debido a que un elemento esencial que es la opción de compra se hace materialmente imposible de ejercer, produciendo así que el contrato se termine anticipadamente.

Podría suceder que después de la destrucción del inmueble quede el respectivo lote, sin embargo, la opción de compra es sobre el inmueble existente en el momento de la celebración del contrato, más no sobre las ruinas del inmueble que colapsa, por lo que no se puede sostener que la opción de compra se pueda ejercer.

El sustento que impide la transferencia de un bien inexistente se encuentra en el artículo 1521 del Código Civil, el cual establece que hay objeto ilícito cuando se pretende transferir un bien que no se encuentre en el comercio (apartamento que se destruye y deja de existir, es decir, no está en el comercio), lo que produciría la sanción de nulidad absoluta del contrato. En este caso, la nulidad absoluta sería del contrato de leasing habitacional, ya que, si se suscribe la respectiva escritura pública, el objeto no estaría en el comercio porque es inexistente, y en consecuencia, habría nulidad de carácter absoluta del contrato.

A lo largo de este escrito también se expuso que la teoría de la analogía se debe aplicar a los contratos atípicos como lo es el leasing habitacional bien sea el destinado a la adquisición de vivienda familiar o vivienda no familiar. En ambas modalidades de leasing durante la ejecución del contrato el locatario se comporta como un mero tenedor. Por lo tanto, el contrato de arrendamiento es el negocio jurídico que tiene mayor semejanza.

las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales. (Subrayado por fuera del texto original).

¹⁷⁶ Sobre este evento del seguro, la destrucción de la cosa asegurada conlleva a la terminación del contrato porque también desaparece el interés asegurable, razón por la cual, el contrato no puede continuar vigente y habrá que devolver la prima no devengada.

El artículo 2008 de Código Civil señala que, frente al contrato de arrendamiento, la destrucción de la cosa produce la terminación del contrato, y aplicando dicha norma por analogía al leasing habitacional, producirá que el leasing habitacional también termine por la extinción del inmueble.

Lo anterior no quiere decir que el locatario no se encuentre obligado a pagar el valor del bien, por cuanto contractualmente es él quien decidió asumir el riesgo de pérdida o destrucción del inmueble. Dicho en otras palabras, cuando el inmueble se destruye el locatario tiene la obligación de saldar el valor total de financiación. De hecho, el locatario se encuentra obligado a pagar el valor de la opción de compra porque si el inmueble se destruyó es un riesgo que el usuario asumió contractualmente.

En caso de que al destruirse el inmueble quede un lote, no cabe la menor duda que su propiedad se debe transferir al locatario, por cuanto sería abusivo que la propiedad del lote quede en cabeza de la entidad autorizada cuando el usuario ha pagado todo el valor del inmueble. Sin embargo, si el inmueble es un apartamento y colapsa el edificio no podría transferirse la propiedad de dicho bien porque sería inexistente al momento de suscribir la respectiva escritura pública.

Por consiguiente, el locatario al asumir el riesgo del inmueble, y si este se destruye, debe pagar el valor total del financiamiento del inmueble. Esto incluye el pago de la opción de compra, teniendo en cuenta que es un riesgo que no asume la entidad, sino el locatario.

Cuando el inmueble se destruye se consolida un riesgo en cabeza del locatario, quien lo asumió contractualmente, por lo que aquel no puede liberarse del pago de una obligación que él decidió voluntariamente adquirir.

En este orden de ideas la terminación del contrato no debería generar mayor debate, dado que durante la ejecución del leasing ha desaparecido la opción de compra como elemento esencial, el cual es un elemento diferenciador de cualquier otro instrumento contractual. En cambio, los cánones periódicos no vencidos si tienen un tratamiento especial porque el riesgo de la cosa se transfiere al locatario en virtud de estipulación contractual, tal como se explica a continuación.

Revisando los diferentes contratos que ofrece el mercado de leasing, se encuentra una cláusula común y genérica en torno a que el locatario se obligue a seguir

pagando los cánones pactados a pesar de que el inmueble no se pueda usar por cualquier causa. A primera vista, hay que señalar que esta cláusula no es abusiva porque el leasing es un contrato de intermediación financiera, en donde el papel de la dadora se limita a dispensar los recursos necesarios para financiar la adquisición del activo.

Por ejemplo, la cláusula de comportamiento de canon del contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco Colpatria estable lo siguiente:

*“El valor de los cánones a cancelar no será modificado por valorización, mejoras, deterioro o destrucción de los inmuebles. Los cánones a cargo **de EL (LOS) LOCATARIO(S) se seguirán pagando aun cuando cese temporalmente o definitivamente por cualquier causa, el uso de los inmuebles**”.*¹⁷⁷ (Subrayado por fuera del texto original).

Esta cláusula también se puede observar en el contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco BBVA:

*“Comportamiento del Canon. En evento que las pólizas de seguros vida, incendio y terremoto y AMIT a cargo del LOCATARIO sean contratadas con la(s) Compañía(s) de seguros que el Banco tenga contratadas para el efecto, el valor del canon mensual periódico que pagará EL LOCATARIO se adicionará con el valor correspondiente a las primas de los seguros correspondientes. **Este valor no será modificado por valorización, mejoras, deterioro o destrucción del (de los) inmueble(s) y los cánones a cargo de EL LOCATARIO se seguirán pagando aun cuando cese temporalmente o definitivamente y por cualquier causa, el uso de los inmuebles objeto de este contrato**”.*¹⁷⁸ (Subrayado por fuera del texto original).

¹⁷⁷ Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco Colpatria. Disponible en: <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatria/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/31.-contrato-leasing-habitacional-familiar.pdf>

¹⁷⁸ Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco BBVA. Disponible en: <https://www.bbva.com.co/content/dam/public-web/colombia/documents/home/footer/reglamentos/productos-persona-natural/DO-01-Contrato-leasing-no-familiar.pdf>

Este tipo de cláusulas son comunes en el mercado financiero de contratos de leasing habitacional. No se citarán la totalidad de cláusulas del contrato para no ser reiterativo. Sin embargo, como se expuso anteriormente, las partes pactan que el comportamiento del canon se verá afectado por la imposibilidad de uso del inmueble por cualquier causa, lo que incluye la destrucción del inmueble por un error de construcción o diseño.

Únicamente habría que declarar como abusiva este tipo de cláusulas cuando la empresa de leasing tiene intervención en la selección del activo porque el locatario no fue autónomo en la etapa precontractual. Por lo tanto, no existiría obligación de seguir pagando los cánones faltantes, pero en caso contrario, el locatario deberá honrar su obligación.

El efecto de seguir pagando los cánones faltantes durante las mensualidades previstas en el contrato tiene que ser visto como una forma de liquidarlo, en la cual las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad contractual deciden que la liquidación se prolongará por un periodo de tiempo con el propósito que el usuario pague el valor de financiación de la adquisición del activo.

De manera que el locatario no tiene ningún fundamento para pretender la exoneración del pago, por cuanto existe una cláusula que él aceptó y que lo obliga a seguir pagando los cánones, los cuales van a extinguir el saldo que adeude del valor de financiamiento.

Finalmente, es necesario preguntarse si los cánones deben continuar con la amortización, o, por el contrario, aquellos pagos no pueden contener el sistema de amortización de un activo inexistente. Sobre este punto, se reitera la teoría que el locatario debe pagar el canon con el valor de la amortización, y también pagar la opción de compra, porque el riesgo del inmueble no lo tiene la entidad de financiamiento, sino por el contrario, es un riesgo que decidió asumir el locatario.

Por consiguiente, en caso de que el inmueble se destruya los comportamientos del canon no varían, ya que contractualmente se adiciona otra cláusula diferente a la de la exoneración de la responsabilidad de la entidad por los vicios del inmueble. Esta cláusula establece que no va a existir variación de la cuantía del canon si por cualquier causa o razón el inmueble no se puede seguir usando.

Cabe destacar, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2015 también consideró que la destrucción del inmueble en el contrato de leasing financiero no produce que el locatario se libere de su obligación de asumir los cánones mensuales. En efecto, la Corte señala que la naturaleza del contrato de leasing financiero y las cláusulas contractuales exigen que el locatario se encuentra obligado a seguir pagando el valor de financiamiento a pesar de que el bien no se pueda usar por cualquier causa.¹⁷⁹

En conclusión, la destrucción del inmueble produce la terminación anticipada del contrato al desaparecer un elemento esencial que es la opción de compra. Lo anterior, porque no se puede ejercer una opción de compra sobre un bien inexistente. No obstante, el locatario se encuentra obligado a pagar los cánones faltantes, sin embargo, también debe pagar las amortizaciones, y pagar el valor de la opción de compra, teniendo en cuenta que el riesgo de la pérdida del bien se traslada de la entidad de financiamiento al locatario, en virtud de una estipulación contractual.

3.8. RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL PROVEEDOR DEL INMUEBLE

Independientemente que exista una cláusula de exoneración de la responsabilidad de la institución financiera frente a la calidad e idoneidad del inmueble, ello no quiere decir que el constructor o enajenador del inmueble no tenga responsabilidad con el locatario, ya que entre estos dos últimos hay una relación de consumo, que encuentra protección por parte de la Ley 1480 de 2011, conocida como Estatuto de Protección al Consumidor.

El proveedor del inmueble puede ser el constructor o el enajenador del inmueble, y en caso de que sean sujetos diferentes, frente al locatario son solidariamente responsables frente a la garantía y a los perjuicios que se puedan ocasionar por un producto defectuoso, teniendo en cuenta que aquellos participan en la cadena de valor.

La garantía es el fundamento jurídico que permite que el locatario pueda demandar al proveedor del inmueble bajo una acción de protección al consumidor. La garantía

¹⁷⁹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC9446-2015, M. P. Margarita Cabello Blanco, Bogotá D.C., 22 de julio de 2015.

es definida por el numeral 5 del artículo 5 del Estatuto de Protección al Consumidor como una obligación temporal y solidaria a cargo del productor¹⁸⁰ o proveedor¹⁸¹, que puede ser el constructor, el enajenador de vivienda, y en general cualquier persona que participe en la cadena productiva. Estos sujetos están obligados a responder solidariamente por el buen estado del inmueble y que este cumpla con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad que sean exigidas por la Ley o que hayan sido ofrecidas al consumidor.

Para establecer cuando hay una relación de consumo se debe identificar previamente si el sujeto es consumidor. Sobre el particular, el artículo 5 del citado Estatuto considera que es consumidor toda persona natural o jurídica que, siendo el destinatario final, puede adquirir, disfrutar o utilizar el producto, cualquiera que sea la naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, siempre y cuando no esté ligada intrínsecamente su actividad económica.

Por consiguiente, no cabe la menor duda que los locatarios son consumidores y hay una relación de consumo, dado que el inmueble que reciben a través del contrato de leasing habitacional permite una satisfacción de una necesidad privada, personal, doméstica y familiar, aunado a que son los destinatarios finales. Se reitera nuevamente, que las entidades de leasing son unas meras intermediarias al dispensar los recursos financieros para la adquisición del activo.

Finalmente, la satisfacción de las necesidades de los locatarios frente al inmueble no está ligada intrínsecamente a su actividad económica. Así las cosas, y al existir una relación de consumo, los locatarios son sujetos de protección de la Ley 1480 de 2011 y tienen plena legitimación en causa por activa para formular acciones jurisdiccionales para proteger sus derechos como consumidores.

Como se expuso anteriormente, el fundamento para imputar la responsabilidad directamente al proveedor del inmueble se justifica en que los proveedores y expendedores de cualquier clase de bien o servicio tienen que brindar al consumidor

¹⁸⁰ El productor es definido por el numeral 9 de artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 como “quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”.

¹⁸¹ El proveedor también es conocido como expendedor. El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 lo define en los siguientes términos: “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”.

una garantía mínima del producto, que, tratándose de esta investigación, dicha garantía recae sobre la calidad, seguridad e idoneidad del inmueble para habitarlo.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000¹⁸² al analizar la constitucionalidad de la antigua y derogada normatividad de protección al consumidor interpretó la que los consumidores se encuentran legitimados por activa para poder exigir que los productores cumplan con la garantía de la calidad del bien e indemnicen los perjuicios que sufran los consumidores por un producto dañado o defectuoso. Esta interpretación debe mantenerse en la Ley 1480 de 2011 (normatividad vigente) porque las dos normas tienen una redacción idéntica y su finalidad es similar. Ahora bien, dicha interpretación aplicada al leasing habitacional conlleva a que los locatarios puedan exigir directamente a los constructores y enajenadores de vivienda que cumplan con la garantía de seguridad, calidad e idoneidad del inmueble.

Respecto al inmueble que es el objeto contractual de leasing habitacional, bien sea destinado a la adquisición de vivienda familiar o vivienda no familiar, aquel debe cumplir con las características inherentes para la habitabilidad, porque de lo contrario no podría satisfacer la calidad que se exige en el Derecho del Consumo. Además, el inmueble debe ser idóneo, entendido como la aptitud para satisfacer las necesidades del consumidor, es decir, que sea apto para habitarlo. Lo anterior conforme a lo señalado por el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.

De esta forma, el Estatuto de Protección al Consumidor consagra que el constructor y cualquier otro sujeto que participe en la cadena de valor garanticen que el bien tenga condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, que en ningún caso puede ser inferior a lo establecido en los reglamentos técnicos, lo cual fue explicado en líneas anteriores. En caso de incumplimiento de estos deberes nace la responsabilidad solidaria del constructor y enajenador con el locatario, responsabilidad que es directa, sin que sea necesario que exista una cesión de acciones contractuales.

Es oportuno citar a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando expresa que la legitimación extraordinaria del locatario con base al Estatuto de Protección al Consumidor no se opone ni resta utilidad a la cesión de acciones legales o contractuales que se pacta en el contrato de leasing, por lo que necesariamente la protección al consumidor y la cesión de acciones son figuras concurrentes y

¹⁸² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 30 de agosto de 2000, Bogotá D.C.

complementarias que refuerzan la protección que debe gozar el locatario como consumidor.¹⁸³

Por otra parte, es importante recalcar que el artículo 20 de la Ley 1480 de 2011 impone responsabilidad solidaria a todos los participantes de la cadena de comercialización en caso de que el inmueble sea defectuoso, siendo el constructor y enajenador del bien los principales sujetos que deberán responder ante el locatario por todos los perjuicios que ocasione una falla en el diseño o construcción del inmueble.

Tanto el constructor como el enajenador del inmueble tienen una obligación legal de garantía, que según lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 conlleva a que responda directamente con el locatario por la calidad, idoneidad, seguridad, buen estado y funcionamiento del inmueble. Por disposición del legislador, la garantía para los bienes inmuebles comprende la estabilidad de la obra por el término de diez años, y para los acabados del inmueble por la vigencia de un año conforme a lo señalado por el artículo 8 de la norma en mención, sin que sea posible pactar en contrario, so pena de que la cláusula sea ineficaz de pleno derecho por contraria al Estatuto de Protección al Consumidor, tal como lo establece el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.¹⁸⁴

¹⁸³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 13 de diciembre de 2002.

¹⁸⁴ ARTÍCULO 43 de la Ley 1480 de 2011. **CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.** Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;

2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;

3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;

5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;

6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;

7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;

8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;

9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;

10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

Por lo tanto, el locatario como consumidor se encuentra facultado para ejercer acciones de consumo en contra del fabricante y enajenador del inmueble por cualquier defecto del bien, indistintamente que se le hayan cedido las acciones contractuales, teniendo en cuenta que la protección como consumidor es independiente y nace por la relación de consumo que existe entre el locatario y los miembros de la cadena de producción. Por lo tanto, el locatario goza de una garantía legal frente a la calidad, seguridad, buen funcionamiento e idoneidad del inmueble.

Esta protección es autónoma, pero a su vez complementaria de las acciones que la entidad de leasing cede como compradora en favor del usuario, figura que ya fue explicada y que se conoce como cesión de acciones contractuales.

11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;

13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.

14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

3.9. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO

En conclusión, sobre el capítulo tercero, el locatario tiene que desplegar un alto grado de diligencia en la selección del inmueble y su proveedor, ya que aquel asume el riesgo de la cosa. Lo anterior, teniendo en cuenta que el contrato de leasing habitacional es un mero instrumento de financiación, en donde la entidad de leasing no tiene participación ni injerencia en la selección del respectivo bien, la cual se limita a dispensar los recursos necesarios para financiar la adquisición del inmueble.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico colombiano existen unas normas urbanísticas y un amparo patrimonial que ayudan a reducir las asimetrías de la información que se generan cuando el locatario tiene que seleccionar el bien, por cuanto una persona promedio es incapaz de averiguar si un inmueble se ha construido atendiendo las normas técnicas y de construcción.

De manera general, las entidades de leasing no asumen la responsabilidad por calidad e idoneidad del inmueble, trasladándose dicho riesgo al locatario, lo cual se hace a través de estipulación contractual.

La estipulación contractual es la exoneración de la responsabilidad de la entidad de leasing por los vicios del inmueble. Por lo tanto, el locatario asume todos los riesgos y beneficios del bien, en donde esta situación obedece a la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las instituciones financieras no son abusivas, por el contrario, guarda un equilibrio en el contrato, ya que sería desproporcional que se le exija a una empresa de leasing que asuma la pérdida de un bien que ella no ha seleccionado, teniendo en cuenta que su actuación se ha limitado a dispensar los recursos necesarios para financiar la adquisición del inmueble que ha sido seleccionado por el locatario.

Para que se pueda predicar la validez de las cláusulas de exoneración, se requiere que se reúnan una serie de requisitos, los cuales son: i) libertad del locatario en la selección del inmueble y su proveedor, ii) cesión de las acciones contractuales, y iii) ausencia de actuación dolosa o culposa de la institución financiera.

Cuando el inmueble se destruye, la consecuencia jurídica en el contrato de leasing habitacional es la terminación anticipada debido a que desaparece un elemento

esencial del contrato que es la opción de compra, ya que nadie puede comprar lo inexistente.

El pago de los cánones no vencidos no se modifica. De hecho, el locatario debe asumir el pago de la opción de compra, por cuanto es el quien asumió el riesgo del inmueble. Si bien la opción de adquisición es facultativa, al destruirse el inmueble, se consolida un riesgo en cabeza del locatario, quien se encuentra contractualmente obligado a asumirlo.

En el mercado financiero, las cláusulas de exoneración de la responsabilidad van acompañadas de una cláusula que consagra que el comportamiento del canon no va a afectarse por el no uso del bien. Es decir, el locatario debe pagar periódicamente los cánones acordados. No obstante, esta situación se refiere netamente a la liquidación del contrato, ya que cuando el inmueble se destruye, la consecuencia jurídica es la terminación anticipada del contrato como se expuso en este capítulo.

Por último, entre el proveedor del inmueble y el locatario hay una relación de consumo. Esta relación de consumo se encuentra tutelada por el Estatuto de Protección al Consumidor. En consecuencia, el locatario se encuentra legitimado para ejercer una acción de protección al consumidor en contra del proveedor para que el constructor y todos los que participan en la cadena de valor como el enajenador del inmueble cumplan con la obligación de garantía.

4. CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE GRADO.

- El contrato de leasing en sus diversas modalidades es un instrumento contractual que tiene plena autonomía e independencia de todos los demás contratos que se encuentran tipificados en la ley. Esto se justifica en que el leasing posee una particularidad funcional especial de financiación de los activos.
- El contrato de leasing habitacional es una nueva técnica de financiamiento, que se agrega a las ya existentes en el mercado y se divide en dos modalidades, el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. El contrato de leasing habitacional se caracteriza porque la entidad de leasing adquiere un inmueble que es seleccionado de manera previa por el locatario. Es decir, el locatario se encarga de elegir al inmueble y a su proveedor. Una vez la entidad adquiere la propiedad del activo lo entrega al locatario durante un plazo determinado, obligándose el locatario a pagar cánones periódicos que contienen un sistema de amortización del activo. Cuando finaliza el término de duración del contrato, el locatario puede convertirse en propietario si ejercer la opción de compra y paga el valor residual del inmueble.
- El leasing habitacional tiene dos partes. La primera parte es la empresa de leasing, que en Colombia únicamente pueden ser los establecimientos bancarios o las compañías de financiamiento, y la otra parte del contrato es el locatario, quien tiene el interés en que la entidad le financie la adquisición del inmueble.
- La naturaleza jurídica del contrato de leasing habitacional se sintetiza en la atipicidad, teniendo en cuenta que no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico que se encargue de disciplinar el contenido del contrato, y las normas que mencionan al leasing únicamente regulan a la actividad económica y no al contrato per sé. Por lo tanto, el leasing habitacional carece de especificidad y suficiente normativa, conllevando a que el contrato se califique como atípico.
- La teoría de la combinación y de la analogía se aplican para regular al contrato de leasing habitacional cuando contractualmente no se ha estipulado la consecuencia jurídica para una determinada situación. Lo anterior, debido a que la Ley 153 de 1887 consagra que cuando no exista una ley exactamente aplicable al caso controvertido se deben aplicar las Leyes que regulen casos semejantes, y en subsidio la doctrina constitucional y los principios generales del derecho.

- Al ser el leasing habitacional un contrato atípico, la primera fuente de derecho que se encarga de regularlo son las estipulaciones de los contratantes, primando así la voluntad contractual. Únicamente cuando existan vacíos jurídicos, se debe acudir al contrato de arrendamiento por analogía, ya que el locatario durante la vigencia del contrato se comporta como un tenedor, y también se puede acudir al contrato de compraventa por analogía, dado que al finalizar la vigencia del contrato el locatario puede adquirir la propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra, siendo el contrato de compraventa el instrumento más semejante al leasing habitacional en la última etapa del contrato.
- La graduación normativa para regular el contrato de leasing habitacional se sintetiza a continuación: i) Las Leyes y normas de orden público, ii) Las estipulaciones contractuales, iii) Las normas de la teoría general de las obligaciones y del contrato, iv) La analogía de las normas de los contratos con que tenga mayor semejanza el leasing habitacional (arrendamiento y compraventa), v) Los principios generales del derecho y la jurisprudencia, y, vi) La doctrina.
- Los elementos esenciales del contrato de leasing habitacional son los siguientes: i) La entrega de un inmueble para que el locatario y su familia puedan habitar el bien, ii) Los cánones periódicos que debe pagar el locatario en favor de la entidad autorizada, los cuales contienen un sistema de amortización, y, iii) La opción de compra o de adquisición que debe pactarse y existir desde el momento de la celebración del contrato hasta la finalización del contrato. Estos elementos deben existir tanto en la celebración del contrato como durante la vigencia, ya que, si desaparece alguno de ellos, la consecuencia jurídica es la terminación del contrato.
- El contrato de leasing habitacional es un instrumento que sirve para garantizar la vivienda digna, por lo que el inmueble debe cumplir con una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra la seguridad, la dignidad y la habitabilidad.
- La causa del contrato de leasing habitacional es la de financiación del inmueble. Dicho en otras palabras, el motivo de las partes para celebrar el contrato es la financiación que ofrece la empresa de leasing. Por lo tanto, el locatario se beneficia del servicio de financiación y la entidad se beneficia a través del pago de los respectivos intereses. Por consiguiente, si el inmueble se destruye por una falla de construcción o diseño no se genera una desaparición sobrevenida de la causa, teniendo en cuenta que el motivo que impulsa a las partes a celebrar el contrato no es el uso del bien como si fuera un simple contrato de arrendamiento.

- Las entidades de leasing tienen una cláusula que se ha estandarizado en el mercado, la cual consiste en la exoneración de la responsabilidad de la institución financiera por los vicios del inmueble, lo que genera que los riesgos de la cosa se trasladen de la entidad autorizada hacia el locatario.
- Para que una cláusula de exoneración de la responsabilidad de las instituciones financieras sea válida se requiere que se cumplan los siguientes requisitos: i) Libertad del locatario en la selección del inmueble y su proveedor, ii) Cesión de las acciones contractuales y iii) inexistencia de actuación dolosa o gravemente culposa de la empresa de leasing.
- Cuando el inmueble se destruye por una falla de construcción o diseño, la consecuencia jurídica es la terminación anticipada del contrato porque desaparece un elemento esencial del instrumento contractual que es la opción de compra, ya que no se puede adquirir lo inexistente. Sin embargo, el locatario se encuentra obligado a pagar el valor total del financiamiento del bien, incluido el valor de la opción de compra, teniendo en cuenta que cuando el inmueble se destruye se produce la consolidación de un riesgo que contractualmente el locatario decidió asumirlo.
- En caso de que el inmueble se destruya y quede un lote, no cabe la menor duda que debe transferirse la propiedad de aquel lote al locatario, ya que el locatario pagó la totalidad del precio del bien. Sin embargo, si dicho bien se encuentra en un edificio y todo el edificio colapsa no habría forma de transferir lo inexistente.
- La práctica del mercado muestra que las entidades pactan una cláusula que establece que el comportamiento del canon no va a variar cuando el inmueble no se pueda usar. Si el no uso del inmueble se produce por la destrucción del inmueble, aquellos pagos son una forma de liquidar el contrato, dado que este no continúa vigente porque desaparece un elemento esencial del leasing habitacional.
- El constructor y enajenador del inmueble son solidariamente responsables por los vicios del inmueble frente al locatario por la existencia de una relación de consumo que se genera entre proveedor – locatario. En consecuencia, existe una acción jurisdiccional de protección al consumidor para que el locatario pueda exigir la garantía cuando el inmueble no cumpla con las condiciones de calidad, seguridad e idoneidad.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ALBELLA AMIGO, S; HERNÁNDEZ CORREA, G. y otros. La financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas a través de los mercados de capitales en Iberoamérica. 4 ed. Madrid: CYAN, Proyectos Editoriales S.A. 2017. 292 p. ISBN 978-84-8198-958-8

ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos mercantiles atípicos. 14 ed. Ciudad de México, Editorial Porrúa. 1989. 513 p. ISBN 978-607-9-00100-1

ARIAS BARRETO, Gabriel. Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normatividad especial. [en línea]. En: Derecho y realidad, 2019, vol. 17, no. 33. p. 2 – 23. Disponible en: <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n33.2019.9849>

ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos (consideraciones para el Derecho Mexicano). Revista de Derecho Notarial Mexicano. 1990, no. 101. p. 23 - 33.

ARRIETA BLANQUICETT, María Cristina. Obligaciones a cargo del locatario en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, que no guardan relación con su calidad de tenedor. [en línea]. En: Revist@ E-Mercatoria. 2015, vol. 14, no. 1. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.04>.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Contratos Atípicos. 8 ed. Bogotá: Legis. 2015. 468 p. ISBN 978-958-767-253-4

ATIENZA, Manuel. Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico. Madrid: Civitas. 1986. 187 p. ISBN 84-7398-398-X

BAENA CARDENAS, Luis Gonzalo. Lecciones de derecho mercantil. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. 999 p. ISBN 978-958-710-923-8

BAENA CARDENAS, Luis Gonzalo. El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014. 398 p. ISBN 978-958-772-156-0

BECERRA TORO, Rodrigo. Teoría general del acto jurídico. Cali: Pontificia Universidad Javeriana Cali. 2006. 254 p. ISBN 958-33-9413-0

BUSTAMANTE, Luis. Bases preliminares para una conceptualización doctrinaria del Derecho Social. [en línea]. En: Revista de ciencias sociales, 1997. p. 51 – 89. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4998693.pdf>

CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revist@ e-Mercatoria*. 2005, vol. 4, no 1, p. 1 -34.

CÁMARA CARRÁ, Bruno Leonardo. Apuntes de la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*. 2008, no. 3, p. 113 – 135. ISSN 1851-3069

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *La analogía: Derecho y lógica*. Madrid: Bosch Editor. 2012. 168 p. ISBN 9788494075144

CASTELLANOS RUÍZ, María José. Contratos internacionales de leasing de grandes aeronaves civiles. *Cuadernos de Derecho Transnacional - Universidad Carlos III de Madrid*. 2016, vol. 8, no. 2, p. 92-203. ISSN 1989-4570

CASTILLO TRIANA, Rafael. *Leasing mecanismo financiero del futuro*. Bogotá: Editorial hojas e ideas. 1994. 326 p. ISBN 958-9337-04-2

CESARE MASSIMO, Bianca. *Derecho civil* [HINESTROSA, Fernando y Cortés, Édgar (Trads.)] 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. 764 p. ISBN 978-958-710-192-8

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas. S.A. 1985. 550 p. ISBN 84-7398-322-X

DE LA CUESTA RUTE, José María. El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después. [en línea]. En: Universidad Complutense de Madrid. 2010. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/11691/>

ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales: Teoría general de los contratos*. Vol 2. Bogotá: Editorial Dike. 1994. 634 p. ISBN 9589276539

FLORES DOÑA, María De La Sierra. *El Leasing Financiero Internacional en el Tratado Unidroit*. [en línea]. [Disponible en: https://eprints.ucm.es/1533/1/PA_LHDuque.pdf](https://eprints.ucm.es/1533/1/PA_LHDuque.pdf)

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006. 186 p. ISBN 970-671-238-0

FIORI, Roberto. El problema del objeto del contrato en la tradición civil. *Revista de Derecho Privado – Universidad Externado de Colombia*. 2007, Vol. 12 – 13. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/565>

FRAILE BAYLE, María Soledad y MARTÍN BAILE, Sonia. El leasing y el renting. Revista de estudios económicos y empresariales. 1997, no. 9, p. 57 – 77.

GARCÍA RUEDA, Elkin Yesid. Leasing habitacional: mecanismo para facilitar acceso a vivienda de interés social. Tesis de grado – Facultad de Ingeniería. Universidad de los Andes. 2003.

GARCÍA SUÁREZ, Carlos. Efectos de las normas internacionales de información financiera en las operaciones de arrendamiento financiero. Tesis doctoral. [en línea]. En: Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 2012. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/9756/cs372.pdf?sequence=1>

GÓMEZ VÁSQUEZ, Carlos. El riesgo contractual en los Códigos Civil y de Comercio colombianos. Análisis dogmático de la normatividad vigente. Revista Opinión Jurídica. 2007, Vol 6, no. 12, p. 105 – 121. ISSN 1692-2530

GLEDHILL, John. El derecho a una vivienda digna. [en línea]. En: Revista de antropología social, 2010, vol. 19. p. 103-129. ISSN: 1131-558X. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/download/RASO1010110103A/8716/>

HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, 2 vol. ISBN 978-958-772-356-4

INOSTROZA SÁEZ, Mauricio Andrés. Estructura unitaria del leasing financiero y su influencia sobre los remedios del usuario por incumplimiento del proveedor. Tesis doctoral. [en línea]. En: Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26170/Tesis-mauricio-inostroza-saez-2017.pdf?sequence=1>

JARAMILLO DÍAZ, Alexandra. Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Reflexiones prácticas para su implementación. Revist@ E-Mercatoria. 2019, Vol. 18, No. 1. p. 1 - 21.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 6 ed. Bogotá: DUPRE editores. 2014. 750 p. ISBN 978-958-98790-7-8

LÓPEZ PASCUAL, Joaquín & GONZÁLEZ Altina Sebastián. Gestión Bancaria – Factores en un entorno competitivo. 3 ed. Madrid: Mc Graw Hill. 2008. 397 p. ISBN 978-84-481-4029-8

LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca. Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno. Revista de Derecho (Valparaíso). 2015, Vol. XLV, p. 85 – 98. ISSN 0716-1883.

LEMUS CHOIS, Aida Elena y LEMUS CHOIS, Víctor David. Introducción a las infracciones urbanísticas. Bogotá: Universidad de los Andes. 2013. 192 p. ISBN 978-958-35-0757-1

LEÓN TOVAR, Soyla. El arrendamiento financiero (leasing) en el derecho mexicano – una opción para el desarrollo. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1989. 206 p. ISBN 968-36-0783-7

LEYVA SAAVEDRA, José. EL leasing y su configuración jurídica. Revista Universitas. 2003, no. 106, p. 743 – 789. ISSN 0041-9060

MARÍN GALEANO, Mayda Soraya. La protección de los consumidores financieros. En: EL Ágora U.S.B. 2013, vol. 13, no. 2, p. 459 – 484. ISSN 1657-8031

MARTÍNEZ, Ángel Martín. La transición del leasing – financiero – leasing – operativo – renting ¿Una consecuencia de las medidas de política económica?: El caso del sector autónomo en España. 1981 – 2000. Tesis doctoral. [en línea]. En: Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/7303/1/T26902.pdf>

MASNATTA, Héctor. El contrato atípico. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1961. p. 79.

MEJÍA ESCALANTE, Mónica. La vivienda digna y la vivienda adecuada – estado de debate. [en línea]. Cuadernos de vivienda y Urbanismo, 2016, vol. 9, no. 18. p. 292 – 307. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.cvu9-18.vdva>

MORENO, Carlos Iván. Acción del consumidor, procedimientos de consumo y sujetos demandados: (análisis comparado entre las legislaciones italiana, española y colombiana). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018. 156 p. ISBN 978-958-772-951-1

ORTUZAR SOLAR, Antonio. El contrato de leasing. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1990. 208 p. ISBN 956-10-0880-6

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo & OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7 ed. Bogotá: Editorial Temis. 2019. 608 p. ISBN 9583505307

PADILLA, Jorge; RUEDA, Natalia & ZAFRA SIERRA Mároly. Labor creadora de la jurisprudencia de la “Corte de Oro”. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas. Revista de Derecho Privado – Universidad Externado de Colombia. 2014. No. 26, p. 105 – 156. ISSN 0123-4366

PARKIN, M; ESQUIEVEL G. & MUÑOZ M. Macroeconomía - Versión para Latinoamérica. 7 ed. Ciudad de México: Pearson Education. 2007. 502 p. ISBN 978-970-26-0717-5

PERILLA AMÓRTEGUI, Edgar. Análisis de estándares y normas sobre arrendamientos financieros: IASB, España, Colombia. Revista Internacional Legis de Contabilidad y Auditoría. 2003, no. 16, págs. 167 – 219.

PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: derecho en construcción. [en línea]. En: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2004. p. 259 – 282. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4556/12.pdf>

RAKOFF, Todd. Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. Revista de Derecho Privado – Universidad de los Andes. 2006, no. 37, p. 57 – 168. ISSN 1909-7794

RAMOS CAMPODARVE, José Juan. El Leasing: Un producto financiero en alza. [en línea]. En: Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria – España. 2001. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/72045532.pdf>

RESTREPO ISAZA, Diego. El control de la construcción y el control urbano en Colombia: El caso Medellín y la Ruta Medellín vivienda segura 2014 – 2024; retos y oportunidades. En: Revista de Ingeniería - Universidad de los Andes, 2014, no. 41. p. 90 – 94. ISSN 0121-4993.

[RESTREPO ISAZA, Diego. Ejercicio del control de la actividad constructora en Medellín – El caso Space. Tesis de Maestría en Derecho – Universidad Eafit. \[en línea\]. 2016. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11826/Diego_Restrepolsaza_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11826/Diego_Restrepolsaza_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

REVERTE NAVARRO, Antonio. El contrato de leasing. [en línea]. En: Revista de la Universidad de Murcia, 1967, vol. 25, no. 4. p. 64 – 94. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104221>

RINCÓN CARDENAS, Erick; MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro; CANGREJO, Luis Augusto; GAITÁN, José Alberto; SÁNCHEZ BELALCÁZAR, Alfredo; VARÓN PALOMINO, Juan Carlos & MANRIQUE NIETO, Carlos. Actualidad jurídica: Contratos de garantía. El contrato de hipoteca. El aval. Cartas de crédito stand-by y garantías de casa matriz. Contrato de prenda. Fiducia de garantía. 2010, Vol. 7, p. 194 – 276. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/311/259>

RIVERA PRÖSCHILE, María Elena. Algunos aspectos de la contratación comercial moderna: Teoría de los riesgos en el contrato de leasing financiero mobiliario. [en línea]. En: Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX, 1998. p. 173 – 191. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/408/381>

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Operación de leasing. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1992. 66 p. ISBN 956-10-0963-2

SÁNCHEZ FERRO, Susana. Analogía e imperio de la ley. Anuario de Filosofía del Derecho. 1997. no. 14. p. 651 – 676.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. La definición de los principios en el Derecho Internacional Contemporáneo. Revista Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. 2007, vol 36, no. 106. p. 69 – 124. ISSN 0120-3886

VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo – competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos, actos restrictivos, integraciones económicas y protección al consumidor. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. 445 p. ISBN 9789587106930

PERROTINI, Ignacio. La economía de la información asimétrica: micro fundamentos de competencia imperfecta. Revista de la Facultad de Economía – BUAP. 2002. Vol. VII. No. 019. p. 59 – 67. ISSN 1665-1219

VICENT CHULIÁ, Francisco. Compendio crítico de derecho mercantil. 3 ed. Madrid: José M Bosch. 1990. 969 p.

VIDAL BLANCO, Carlos. El leasing en la financiación del sector público. Revista española de financiación y contabilidad. 1987, vol. XVII, no. 53, p. 437 – 450.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-936 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-894 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia T-530 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia T-245 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
Sentencia T-409 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sentencia T-583 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia T-734 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos.
Sentencia T-239 de 2016, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sentencia T-149 de 2017, M. P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-497 de 2017, M. P. Carlos Bernal Pulido.
Sentencia T-420 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
Sentencia T-206 de 2019, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Expediente 5817 (22 de octubre de 2001), M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Expediente No. 6462 (13 de diciembre de 2002), M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Expediente 7447 (3 de agosto de 2004) M. P. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Radicado No. 2000-00528-01 (25 de septiembre de 2007), M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Expediente SC9446-2015 - Radicado 2009-00161-01 (22 de julio de 2015), M. P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia con Radicado 2006-251-01 (25 de abril de 2018), M. P. Luis Alfonso Rico.

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Sentencia del 7 de febrero de 2008 con Radicado 2017021446

Sentencia del 16 de marzo de 2016 con Radicado 2015059365

Sentencia del 17 de agosto de 2016 con Radicado 2015074363

Sentencia del 28 de septiembre de 2017 con Radicado 2016127426

Sentencia del 29 de junio de 2018 con Radicado 2017065768

CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Concepto No. 94049172-1 del 20 de septiembre de 1994

Concepto No. 2000092891-1 del 28 de diciembre de 2001

Concepto No. 2001017021-1 del 13 de julio de 2001

Concepto No. 2003053718-1 del 5 de diciembre de 2003

Concepto No. 2003038222-2 del 28 de enero de 2004

Concepto No. 2003060357-1 del 1 de marzo de 2004

Concepto No. 2003054641-1 del 3 de marzo de 2004

Concepto No. 2004019680-1 del 23 de junio de 2004

Concepto No. 2005038495-002 del 31 de octubre de 2006

Concepto No. 2007012751-001 del 30 de abril de 2007

Concepto No. 2007028013-001 del 22 de junio de 2007

Concepto No. 2007029151-001 del 29 de junio de 2007

Concepto No. 2007049014-001 del 30 de octubre de 2007

Concepto No. 2008068070-001 del 6 de noviembre de 2008

Concepto No. 2009044971-001 del 21 de julio de 2009

Concepto No. 2009053650-001 del 21 de agosto de 2009

Concepto No. 2009080363 -005 del 13 de enero de 2010

Concepto No. 2010027830-002 del 1 de junio de 2010

Concepto No. 2011075337-001 del 23 de noviembre de 2011

Concepto No. 2011091655-001 del 20 de enero de 2012

Concepto No. 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012

Concepto No. 2016004582 del 29 de marzo de 2016

Concepto No. 2016050253-002 del 24 de junio de 2016

Concepto No. 2017029326-002 del 21 de abril de 2017

MODELOS DE CONTRATOS DE LEASING QUE SON OFRECIDOS POR LAS EMPRESAS DE LEASING EN COLOMBIA

Contrato de leasing financiero del Banco BBVA. 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>

Contrato de leasing financiero del Banco Pichincha. Disponible en: <https://www.bancopichincha.com.co/documents/20246/31970/Contrato+Cr%C3%A9dito+Veh%C3%ADculo+persona+jur%C3%ADdica.pdf/f251a078-afec-3502-e5c0-62b1433bd5c2>

Contrato de leasing financiero del Banco Colpatría. Disponible en: <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatría/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/29.-contrato-leasing-financiero.pdf>

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco BBVA. Disponible en: <https://www.bbva.com.co/content/dam/public-web/colombia/documents/home/footer/reglamentos/productos-persona-natural/DO-01-Contrato-Leasing-familiar.pdf>

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco Colpatría. Disponible en: <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-colombia/Colpatría/pdf/herramientas/legales-banco/reglamentos-productos-servicios/leasing/31.-contrato-leasing-habitacional-familiar.pdf>

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco Av Villas. Disponible en: <https://www.avvillas.com.co/wps/wcm/connect/avvillas/12a0677f-e26e-4dfb-a661->

[aecf969d6f64/contrato-de-leasing-habitacional.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nbNKgMk](https://www.bancodeoccidente.com.co/wps/wcm/connect/banco-de-occidente/81f0763c-fceb-43f7-988f-0ee1e34e3100/anx-col-035-guia-leasing-habitacional-28052021.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nbNKgMk)

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar del Banco de Occidente. Disponible en: <https://www.bancodeoccidente.com.co/wps/wcm/connect/banco-de-occidente/81f0763c-fceb-43f7-988f-0ee1e34e3100/anx-col-035-guia-leasing-habitacional-28052021.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nFtQuCF>

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco BBVA. Disponible en: <https://www.bbva.com.co/content/dam/public-web/colombia/documents/home/footer/reglamentos/productos-persona-natural/DO-01-Contrato-leasing-no-familiar.pdf>

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco Av Villas. Disponible en: <https://www.avvillas.com.co/wps/wcm/connect/avvillas/4f90a3f6-69c6-4daf-a97e-2341adbc7aec/contrato-de-leasing-habitacional-vivienda-no-familiar.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nc6fX5Q>

Contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar del Banco de Occidente. Disponible en: <https://www.bancodeoccidente.com.co/wps/wcm/connect/banco-de-occidente/319d8db2-e3b6-4e36-8d9d-02af1216e9ec/Contrato-leasing-habitacional-destinado-a-vivienda-no-familiar-en-UVR.docx?MOD=AJPERES&CVID=m6btZMI>