

Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial

Controversial Aspects of the Leasing Contracts Obligations Arising During the Absence of Special Regulation

Autor: Gabriel Arias Barreto

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n33.20199849>

Para citar este artículo:

Arias-Barreto, G. (2019). Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial. *Derecho y Realidad*, 17 (33), 33-52.



Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial

Controversial Aspects of the Leasing Contracts Obligations Arising During the Absence of Special Regulation

Gabriel Arias Barreto

Abogado. Magister (C) en Derecho, con énfasis en Derecho Privado. Profesor de la cátedra de Derecho Civil Bienes en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, Colombia.
gabriel.arias@urosario.edu.co

Fecha de recepción: 21 de enero de 2019

Fecha de aceptación: 15 de junio de 2019

Cómo citar este artículo/to reference this article

Arias Barreto, G. (2019). Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial. *Derecho y Realidad*, 17 (33),33-52.
<https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n33.2019.9849>

Resumen: La atipicidad del contrato de leasing, enfrenta a sus partes a distintas situaciones que carecen de seguridad jurídica, que, quizá por su naturaleza contractual, invita a ejercicios de interpretación que pueden resultar desafortunados para la adecuada materialización del contrato. El objetivo de este trabajo consiste en develar varias de sus vicisitudes generadas ante la ausencia de normativa, de tal forma que se provoque en el lector una reflexión acerca de la necesidad o no de regular este atípico contrato. La metodología empleada radicó en la revisión de jurisprudencia, doctrina, diferentes conceptos emitidos por entidades administrativas e inclusive la experiencia práctica de quienes operan con estos contratos. Como resultado, se sugiere la creación de una disposición normativa que, de forma ágil, resuelva los supuestos de hecho, generando consecuencias que quizá sin ella no resultarían lógicas.

Palabras clave: Contrato de leasing; arrendamiento financiero; sociedad de leasing; locatario; consumidor financiero.

Abstract: The atypicality of the leasing contract, makes its parties face different situations that lack legal certainty, which perhaps due to its contractual nature invites interpretation exercises that may be unfortunate for the proper materialization of the contract. The objective of this work was to reveal some of its vicissitudes generated because of the absence of regulations, in such a way as to provoke in the reader a reflection on how necessary it is to regulate this atypical contract. The methodology used was based on the review of jurisprudence, doctrine, concepts issued by administrative entities and even the practical experience of those who operate with these contracts. As a result, it is suggested the creation of a legislative provision that in an agile way resolves the factual assumptions generating consequences that without it would not be logical.

Keywords: Leasing contract; financial leasing; leasing company; tenant; financial consumer.

INTRODUCCIÓN

El contrato de leasing ha sido interpretado por la Superintendencia Financiera de Colombia (Concepto 2011091655-001, 2012) como aquella operación financiera, por medio de la cual el establecimiento de crédito o *sociedad de leasing* “incorpora a su patrimonio un bien previamente seleccionado por su cliente, adquiriendo la obligación de concederle su uso y goce por un plazo determinado. A su vez, el cliente se obliga a pagar a favor de la entidad financiera una suma de dinero en cuotas periódicas, equivalentes a los cánones de arrendamiento, quedando facultado, al final del contrato, para comprar el bien por un valor residual”.

La anterior es una de tantas interpretaciones conceptuales que se le ha dado al contrato de leasing, pues, para el ordenamiento jurídico colombiano, esta forma contractual es atípica y aunque hay una serie de disposiciones normativas que han abordado en diferentes aspectos esta figura, no resulta o se constituye una regulación completa que identifique aspectos puntuales del manejo de este negocio jurídico.

No es menos cierto que la autonomía de la voluntad permite el nacimiento de derechos y obligaciones para las partes Ternera, F. (2015), aun cuando se haga a través de figuras jurídicas que no se encuentren predeterminadas por el ordenamiento jurídico, como es el caso del contrato objeto de estudio, del cual es de resaltar su función económica y pertinencia social que se materializan en ventajas de índole tributaria y mercantil, pero aun así al margen de regulación positiva.

Desde la doctrina, la jurisprudencia y sin dejar de lado a los abogados litigantes, se ha venido desarrollando, ejecutando e interpretando el contrato de leasing, tomando por base el contrato de arrendamiento a partir de una integración normativa sustentada en la analogía¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la expresión “arrendamiento” es insuficiente para sustentar lo que el contrato implica por su naturaleza misma, “pues de las relaciones de las partes y de las obligaciones que surgen puede constatarse como su desarrollo excede, por mucho, el que sería propio de un simple contrato de arrendamiento. Además, en algunos aspectos, la práctica ha llevado a invertir o trasladar obligaciones que serían propias del arrendador y pasan a serlo del arrendatario en este contrato” (Azuelo, 2013).

Así pues, como se ha sostenido reiteradamente en la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, la tipicidad implica la “perfecta correspondencia entre un hecho material y el retrato preceptivo expresado en la ley”², de tal manera que aunque el de leasing no es un contrato típico, en él confluyen distintas formas contractuales reguladas por la ley, dando paso a una convención innovadora para los negocios financieros³.

1. En Sentencia del 22 de octubre de 2001, Radicado No. 5817, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema precisó en este sentido que “el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si éstas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris.

2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicado No. 100131033920090016101 del 22 de julio de 2015., M.P. Margarita Cabello Blanco, reiterando que “la tipicidad presupone la existencia de negocios jurídicos normativamente hipotéticos, a los cuales, cuando sea el caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla general. (...)”

3. Carlos Vidal, citado por E. Hulia Vicent y T. Beltrán Alandete en la obra intitulada Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Editorial J.M. Bosch. 1999 Pág. 19 se refiere al contrato de leasing como “una operación mercantil compleja, una verdadera tetralogía contractual donde se produce una yuxtaposición de la gran cantidad de actos, comprendiendo diversas figuras del derecho como el mandato implícito, la compraventa, el arrendamiento, y la opción de compra, y que finalmente, confluyen en una simbiosis de relaciones jurídicas”.

Es allí, en ese álgido punto, donde las obligaciones llegan a generar confusión entre estudiosos del tema y, ciertamente, sobre quienes son las partes del contrato, de manera que para el presente escrito se estudiarán puntualmente las siguientes controversias, algunas de ellas no derivadas propiamente de obligaciones, sino del contexto mismo del contrato:

- a. Obligaciones que se desplazan a otros sujetos de la operación financiera (Exoneración de responsabilidad de la compañía de leasing por vicios ocultos).
- b. Controversias sobre la cesión del contrato de leasing a partir de la importancia de la obligación del pago del canon por parte del locatario.
- c. Gastos notariales y tributarios derivados de la adquisición del bien, seguros y garantías exigibles por la compañía de leasing.
- d. Admisibilidad del prepago de cánones de arrendamiento financiero.
- e. Derechos del Locatario en Propiedad Horizontal.
- f. Exoneración del pago del canon ante la pérdida o destrucción del bien objeto de arrendamiento financiero.
- g. La mora en el pago del canon; ¿el cálculo de intereses moratorios se hace sobre la cuota o el capital? – Prelación legal y constitucional de una obligación derivada de un contrato de leasing habitacional en la que el deudor se encuentra en mora en el marco de un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante ¿Debe asemejarse a un crédito hipotecario?

La resolución de interrogantes como los propuestos, emanados de la falta de una regulación normativa del contrato de leasing, resulta muy importante para el desarrollo de esta figura contractual dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de modo que se logre determinar si resulta posible extender y emplear lo derivado de otras formas de convención al arrendamiento financiero.

La metodología empleada para estudiar y proponer una solución a los interrogantes formulados se hace a partir de la verificación de la jurisprudencia nacional, normas del ordenamiento jurídico interno, conceptos y respuestas a derechos de petición de autoridades en el tema y por supuesto la doctrina especializada. De esta forma, en la primera sección se realiza un análisis del contrato de leasing con el fin de entender su naturaleza en Colombia, incluyendo una revisión cronológica de las distintas normas que han intentado regularlo. En una segunda sección, se abordan los aspectos controversiales en la ejecución de obligaciones derivadas del contrato de leasing. En una tercera sección se presenta una propuesta de tipificación del contrato de leasing y finalmente se presentan las respectivas conclusiones.

I. EL CONTRATO DE LEASING EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

1.1. Aproximación conceptual al contrato de leasing.

De antaño se conoce el arrendamiento, como modelo contractual propio del Derecho Privado, en el que una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo y la otra se obliga a pagar, como contraprestación, un precio determinado (C.C., art. 1973). Considerándose de esta forma como un contrato típico, que además tiene una función económica clara, que no es otra que la de proporcionar a quien no puede o no desea adquirir la propiedad de una cosa las ventajas del uso o el goce de esta.

Actualmente, para interpretar la naturaleza del contrato objeto de estudio se toma por base el de arrendamiento, sin embargo, es menester descifrar a qué se refiere la palabra “leasing” en nuestro entorno, sobre todo por tratarse de un vocablo inglés, proveniente del verbo “to lease”, que no se refiera a otra cosa que alquilar o arrendar, siendo “comúnmente admitido en el ámbito financiero y jurídico internacional para indicar un tipo de arrendamiento que reúne características especiales

que lo diferencian sustancialmente del arriendo tradicional” (Asociación Bancaria de Colombia, 1982).

En este sentido, el profesor Manuel Broseta Pont, conceptuó el leasing como “la existencia de una operación de financiación a mediano y largo plazo, mediante la cual quien necesita un bien (normalmente maquinarias o bienes de equipo) contrata con un intermediario financiero para que este lo adquiera del fabricante, con el fin de cederle su uso por un tiempo determinado durante el pago de un canon” (Broseta Pont, 1985).

Vale la pena revisar una definición más calificada de pragmática por la doctrina, en la que el Dr. Carlos Vidal Blanco, en su tesis doctoral, tuvo muy en cuenta la relación que surge entre las partes del contrato, sosteniendo que el leasing es un “contrato mercantil en virtud del cual un empresario, cumpliendo instrucciones expresas del presunto arrendatario, compra en nombre propio determinados bienes muebles o inmuebles para que, como propietario arrendador, los alquile al mencionado arrendatario para que este los utilice por un período irrevocable a cuyo término tendrá la opción de adquirir la totalidad o parte de estos bienes arrendados, por un precio convenido previamente con el propietario arrendador, considerándose que todos los desembolsos que efectúa el futuro arrendador son por cuenta del presunto arrendatario hasta la iniciación del período de arrendamiento”. (Vidal, 1977)

Aunada a las referencias conceptuales anteriores, es importante resaltar que este contrato, también conocido como arrendamiento financiero, “permite realizar una inversión amortizable con la rentabilidad producida por la explotación económica de un bien”, (Asociación Bancaria de Colombia, 1982) en el entendido que la entidad financiera adquiere el bien objeto del contrato, el cual fue elegido previamente por su cliente⁴, para que sea este quien, en ejercicio del uso y goce, lo explote en un plazo equivalente a la vida económica del bien. Luego de un periodo de tiempo, surgen tres escenarios para el cliente: la restitución del bien, su adquisición o la posibilidad de volver a contratar bajo la misma modalidad siendo esta, prácticamente una prórroga del contrato.

En virtud de lo anterior, las ventajas prácticas de esta forma contractual son evidenciables en los campos contable y tributario del locatario, al no incorporar en su patrimonio el bien que disfruta a través del pago de canon o renta mensual, guardando la opción de incorporarlo a su patrimonio a través de la compraventa.

Aun con tal claridad conceptual sobre este contrato, la jurisprudencia misma ha precisado que no es suficiente para “establecer la verdadera naturaleza jurídica del negocio; incluso si se tiene en cuenta que, mientras para un sector de la doctrina deba asimilarse a un contrato nominado, pero que tampoco alcanza explicar cabalmente su ontología; otros han señalado que la complejidad del leasing hace que intervengan concomitantemente diversos actos de voluntad”⁵, justificándose así la necesidad de legislar esta forma contractual con sumo rigor, de tal forma que las vicisitudes surgidas de la ejecución de este negocio jurídico encuentren en la norma una directriz que proporcione seguridad jurídica.

1.2. Disposiciones normativas que regulan la materia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Actualmente el sistema jurídico colombiano carece de un marco normativo específico, sin embargo, a continuación se relacionan diferentes mandatos legales que se han orientado a la regulación del contrato de leasing que, como se ha venido sosteniendo, es atípico.

4. La elección del bien objeto del contrato recae en quien tendrá la calidad de locatario toda vez que es quien a través de su conocimiento técnico puede determinar su necesidad.

5. De tal forma que esas restricciones que se tenían anteriormente para realizar operaciones de leasing en cabeza de las corporaciones financieras fueran superadas a partir de su participación accionaria en las sociedades anónimas dedicadas a esta forma de negocio jurídico.

Debe mencionarse, con asombro, que las dos primeras normas a relacionarse no estaban encaminadas a brindar una conceptualización del contrato de leasing y mucho menos a regular sus aspectos más generales, sino que estaban orientadas a la restricción de operaciones de tal naturaleza por parte de las corporaciones financieras. Estas fueron los Decretos 2369 de 1960 y el 399 de 1975⁶.

Finalizando la década de los años setentas, se expidió el Decreto 148 de 1979 por medio del cual se señaló que *“Las Corporaciones Financieras podrán adquirir y mantener acciones de sociedades anónimas cuyo objeto exclusivo sea realizar operaciones de arrendamiento financiero o “Leasing”. La inversión no podrá exceder en ningún caso del 10% del capital pagado y reserva legal de la corporación. Sus directores y gerentes podrán formar parte de la Junta Directiva de las mencionadas sociedades”*.

La década de los ochentas resultó fundamental en cuanto a la regulación y control de las entidades que entre su portafolio de servicios incluían el contrato de leasing. Así pues, el Decreto 2059 de 1981 sometió a este tipo de compañías a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Sociedades. Por su parte, la Ley 74 de 1989⁷, estableció que las compañías que adelantaran actividades en el marco del contrato de leasing debían organizarse en el marco del Estatuto Bancario, que para la época era la Ley 45 de 1923, de tal suerte que fuese imperativo que se sometieran al control y vigilancia de la entonces Superintendencia Bancaria.

Sería hasta después de haber sido proferida la actual Constitución Política que se introdujo una definición conceptual del contrato de leasing al ordenamiento jurídico colombiano, por medio del artículo 2º del Decreto 913 de 1993, el cual prevé:

“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.” (Decreto 913, 1993).

De tal forma que, en un intento por regular la materia, el legislador estableció elementos claros para la materialización del contrato de leasing, siendo estos (i) la entrega material de bienes para el uso y goce a cambio de (ii) el pago de cánones por determinado plazo, con (iii) la potestad, para quien hace las veces de arrendatario de ejercer la posibilidad de comprar dichos bienes.

El mismo año, con el ánimo de desarrollar el artículo 335 de la Constitución Política, en cuanto a la intervención del Gobierno en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, se promulgó la Ley 35 de 1993, la que a través de su artículo 12, abrió la puerta a que las sociedades de arrendamiento financiero o leasing se convirtieran en compañías de financiamiento comercial. Como consecuencia de lo anterior, estas compañías podían realizar operaciones activas de crédito de forma habitual.

En aspectos tributarios, las leyes 223 de 1995 y 1004 de 2005 tuvieron en cuenta el contrato de leasing en lo que al impuesto sobre las ventas se refiere, por su parte, para el año 2003, la ley 795

6. En el marco de la investigación para la producción del presente artículo se encontró de forma reiterada que la jurisprudencia nacional cita de forma imprecisa las relacionadas disposiciones normativas, toda vez que las enuncia como el Decreto 2369 de 1969 y el 309 de 1975, siendo las correctas las descritas en el contenido de este artículo.

7. Por medio de la cual se dictan normas sobre inversión extranjera en el sector financiero y se dictan otras disposiciones.

consideró el leasing habitacional⁸ como operativo para efectos contables y tributarios, modalidad de leasing reglamentada por los decretos 777 y 779 de 2003 y 1787 de 2004, con el objetivo de materializar el impulso a la construcción y a la financiación de vivienda.

De esta forma se hace un recuento normativo por las principales disposiciones que han tenido por objeto regular aspectos propios del contrato de leasing, sin que se permita aseverar que se está frente a un contrato típico, para lo cual se hace menester citar a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha sostenido que “el concepto de tipicidad supone, en el mundo del derecho, una singular manera de disciplinar situaciones generales a través de “tipos”, esto es, fenómenos sociales subsumidos en preceptos jurídicos a partir de elementos particulares; todo ello con el fin de adecuar un comportamiento de la vida, a partir de un estereotipo ordenado del que se pueden derivar consecuencias jurídicas” (SC, CSJ. Sentencia, Oct. 22 de 2001)

II. ASPECTOS CONTROVERSIALES EN LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE LEASING.

2.1. Obligaciones que se desplazan a otros sujetos de la operación financiera (exoneración de responsabilidad de la compañía de leasing por vicios ocultos).

La Superintendencia Financiera ha precisado que algunas de las obligaciones que le corresponden a la entidad financiera pueden ser desplazadas a otros sujetos que participan en la operación, como lo son el locatario o el proveedor. Lo anterior, se concluye a partir del desarrollo mismo del contrato y de casos especiales que permiten dilucidar esa necesidad de trasladar la obligación a otro sujeto del contrato.

Un caso concreto donde resultó controversial determinar en cabeza de quién recaía cierta obligación, fue en el que el cliente de la compañía de leasing cuestionaba su obligación de pagar los cánones cuando el bien se ha descompuesto.

A lo cual, en Concepto 2011091655-001 del 20 de enero de 2012, la Superintendencia Financiera argumentó que el deber de entregar el bien se trasfiere al proveedor y que, de igual manera, recaerá sobre este la obligación de responder por los deterioros presentados como consecuencia de vicios ocultos o fallas de calidad del objeto. En contraposición a lo anterior, mantener en estado de funcionalidad el bien será una carga asumida por el arrendatario, “quien asume las propias del dueño y debe soportar los costos de las reparaciones”.

Así las cosas, de manera sencilla, la Superintendencia Financiera absuelve el interrogante, pero resulta menester entrar a analizar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en ese sentido; entonces, la H. Corte hace remembranza de la naturaleza del contrato de leasing, señalando -que en lo fundamental, el contrato de leasing es un negocio de intermediación financiera- “en el que es el usuario o tomador el que selecciona el bien que, en lo material, habrá de ser objeto del contrato” (Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Civil., Expediente 6462, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia del 13 de diciembre de 2002), así, luego de un estudio profundo del contrato de leasing, la corte concluyó lo siguiente:

“(...) la sociedad de leasing, no obstante ser la propietaria del bien; de haberse desprendido de la tenencia para facilitar el uso y goce y de otorgar una opción -futura- de compra al usuario o tomador del contrato, según se subrayó, no está llamada -de ordinario- a responder por los

8. El artículo 2° del Decreto 777 de 2003 Modificado por el art. 4 del Decreto 3760 de 2008, define la operación de leasing habitacional como “el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble destinado a vivienda para su uso y goce, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento del 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”.

defectos de calidad que presente la cosa, así como de los vicios o defectos ocultos que la hagan impropia para el fin perseguido por el usuario o que afecten la destinación que le es inherente, habida cuenta que ella, de una parte, no tuvo en la operación descrita, ninguna participación o incidencia en la escogencia del bien y del proveedor y, de la otra, porque el rol que asumió fue el de simple dispensador de los recursos necesarios para la adquisición de aquel, con el fin de poder celebrar el contrato de leasing” (Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Civil., Expediente 6462, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia del 13 de diciembre de 2002)

De tal suerte, que no resulta admisible que el cliente deje de pagar los cánones, bajo la excusa de un mal funcionamiento del bien objeto de leasing, pues si bien, quien funge como propietario de la cosa en arrendamiento es la compañía de leasing, no es menos cierto que simplemente ejerce el rol de intermediario financiero, de manera que no le resulta lógico entrar a responder por los vicios de la cosa.

Asimismo es importante subrayar que el Estatuto del Consumidor prevé que la responsabilidad de garantizar el funcionamiento del bien recae sobre el productor o proveedor, de modo que el cliente *-locatario-* podrá exigir a estos lo correspondiente a calidad, idoneidad y seguridad del producto.

En consecuencia, resulta válido afirmar que no existe fundamento para que el cliente se abstenga de pagar el respectivo canon con ocasión de un vicio, pues lo que se otorgó por parte de la compañía de leasing fue el financiamiento para adquirir la cosa, y no propiamente el uso y goce de la cosa.

Ahora bien, consecuentemente con el subtítulo de esta sección del escrito y habiendo ya determinado que no hay lugar a una exoneración del pago de los cánones por el mal funcionamiento del bien objeto del contrato, resulta controversial para los locatarios, encontrar en el texto de los contratos de leasing una cláusula de exclusión de la responsabilidad, por medio de la cual la compañía de leasing no responde por vicios ocultos y, en general, por defectos técnicos en el funcionamiento del bien objeto del negocio jurídico, de manera que los locatarios han llegado a pensar en estas cláusulas como abusivas, inválidas e ineficaces.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, justificó la validez de la cláusula en el entendido que en el leasing financiero opera una especie de cesión de acciones contractuales, por medio de las cuales se legitima al locatario para poder reclamar al proveedor, sin necesidad de ser el propietario del bien, lo cual permite entender que una cláusula que excluya la responsabilidad de la compañía de leasing no tiene la connotación de ser abusiva; bien podría pensarse que al incorporárasela al contrato se genera una carga excesiva al cliente, teniendo que asumir los perjuicios que conllevan los vicios en el objeto y además seguir pagando el canon mensual, pero no es así, pues ese locatario en ningún momento pierde la facultad de reclamar por los vicios, simplemente no le corresponderá alegárselos a la otra parte contractual, esto es la sociedad de leasing, sino que podrá directamente dirigirse al proveedor así no medie relación contractual entre estos últimos.

Además de lo anterior, la Sentencia en mención, citando distinta doctrina⁹, puntualizó que pactar la cláusula es plausible, siempre y cuando la sociedad de leasing ignore la existencia de los vicios al momento en que se celebró el contrato de arrendamiento financiero, así *“no puede ser admitida en relación con la obligación de garantía, como tampoco respecto de aquellos vicios de que tenía conocimiento la compañía y sobre los cuales no dio noticia al usuario, es decir, cuando medie*

9. Cabanillas Sánchez, Antonio. La Configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional. En Anuario de Derecho Civil. 1991. Pág. 1007. Cfme: José Ramón Buitrago Rubira. El leasing mobiliario y su jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona; Di Gregorio. Le clause di esonerato da responsabilità contrattuale a favore del concedente nel contratto di leasing. En NGCC, Roma 1992. Págs. 36 y ss. En sentido similar, Jean Calais-Aulay, Credit-Bail (Leasing), en Encyclopédie Juridique Dalloz, Paris, 1987, pág. 9.

mala fe de aquella, en la medida en que, ahí sí, dicha cláusula traduciría un grave y manifiesto -o significativo- desequilibrio en la relación contractual” (Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Civil., Expediente 6462, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia del 13 de diciembre de 2002).

De esta manera se materializa la necesidad que surge en virtud de la naturaleza de este contrato de desplazar obligaciones entre los sujetos de la operación financiera y se da una solución al problema jurídico de la validez de una cláusula que excluya la responsabilidad de la sociedad de leasing en cuanto a la garantía del objeto y sus eventuales vicios.

Ahora, con el ánimo de generar una opinión crítica sobre lo esbozado por la Sala de Casación Civil, lo cual es completamente loable, se considera que resulta sencillo de dirimir el aspecto de la justificación de la existencia de la cláusula y el desplazamiento de obligaciones realizando una interpretación literal del numeral tercero (3°) del artículo quinto (5°) de la Ley 1480 de 2011, donde se ha definido al consumidor o usuario.

De modo tal que esa relación, que al parecer es inexistente entre el cliente de la compañía de leasing y el proveedor del bien objeto del contrato de leasing financiero, es toda una relación de consumo, bajo el entendido que aunque la compañía de leasing fue quien contrató con el proveedor para adquirir la propiedad del bien, es el cliente quien como usuario, es su destinatario final, lo que lo faculta a emplear el Estatuto del Consumidor ante eventuales vicios o problemas de calidad.

Bajo este entendido debería presumirse esa facultad de acudir ante el proveedor o productor¹⁰ para exigir lo pertinente a idoneidad y calidad del producto, siempre y cuando no incorpore el bien en su actividad productiva, de manera que pactar la cláusula podría ser considerado innecesario, pues la obligación de responder por el producto se desplaza al productor, o más bien, nunca salió de su órbita por el hecho de haber trasladado la propiedad a la compañía de leasing, así para aquellos contratos donde es el cliente quien escoge el bien para que la compañía de leasing lo adquiriera.

La cláusula de exclusión de responsabilidad resulta válida, pero como mencionaba anteriormente, resulta también innecesaria si se tiene claridad del papel que juega el derecho del consumo en este tipo de contratos cuando se evidencia la relación de consumo a partir de las definiciones del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011.

2.2. Controversias sobre la cesión del contrato de leasing a partir de la importancia de la obligación del pago del canon por parte del locatario.

Con el objetivo de contextualizar este acápite del escrito, resulta menester señalar que en la doctrina y conceptos de la Superintendencia Financiera se ha concluido que en el contrato de leasing financiero deben estar presentes tres elementos de su esencia: (i) la entrega que hace la compañía de leasing al locatario para que este ejerza el uso y goce de la cosa, (ii) la fijación de un canon periódico que el incluya el precio del derecho a poder adquirir el bien mediante la opción de compra y (iii) la opción misma a favor del locatario de ejercer la opción de compra, pues como lo señala la Superintendencia Financiera, la vocación del bien es pasar al patrimonio del locatario.

Así, en virtud de lo anterior, se encuentra la importancia de la obligación del locatario de pagar el precio o canon, entonces, *“como todo arrendatario, el cliente de la compañía de leasing debe pagarle*

10. Señala el artículo 10° de la Ley 1480 de 2011 que la responsabilidad, para efectos de garantía legal, será solidaria entre proveedor y productor.

una remuneración durante el término de la duración del contrato y por la utilización de los bienes objeto del mismo.” (Azuero, Contratos Bancarios, Su significación en América Latina, 2013).

Lo que, a su vez, es el fin del negocio jurídico para la compañía de leasing en el desarrollo de su objeto social, también se ha precisado por la Superintendencia Bancaria, ahora Financiera, que “el precio se integra por factores como el costo del bien o importe de la inversión, remuneración de este capital, gastos generales de administración y un margen de utilidad o beneficio para la sociedad de leasing. Este valor se paga durante la vigencia del contrato y se divide en cánones periódicos, lo más usual es que sean exigible mensualmente, término en el cual deben ser cubiertos so pena de incumplimiento por mora” (Superintendencia Bancaria, oficio No. 94049172-1 del 20 de septiembre de 1994).

En claro, lo esencial de la obligación de pagar el canon por parte del locatario, y que por medio de ese pago la compañía de leasing obtiene el fin para lo cual realizó el negocio jurídico, resulta de importancia revisar qué se ha dicho respecto a la controversia que suscita lo relativo a la potestad de ceder el contrato para cada extremo de la relación negocial.

Para esto, es de suma importancia tomar como base el concepto No. 2003028370-1 de julio 28 de 2003, de la Superintendencia Bancaria, ahora Financiera, donde se revisa el artículo 887 del Código de Comercio, el cual prevé que: *“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir, por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado sustitución”. En el segundo inciso de la citada norma se menciona que “La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles, de ejecución instantánea, celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.*

De modo que la ley facultó a los contratantes para poder ceder los distintos contratos que celebren, ahora, precisa la Superintendencia que para el caso concreto del leasing debe entenderse que la facultad solo se consagra para la compañía de leasing, *“permitiendo que en determinados eventos se pueda ceder el contrato de leasing a otra compañía de financiamiento comercial sin requerir la aquiescencia del locatario y sin que por supuesto se modifiquen las condiciones del contrato inicialmente celebrado”* (Superintendencia Bancaria, concepto No. 2003028370-1 de julio 28 de 2003).

Advierte la Superintendencia, que la misma facultad no se predica para el locatario, pues para que proceda la cesión si se requiere que esta sea aceptada por la compañía de leasing. Lo anterior, tiene toda lógica y, por tanto, resulta razonable, pues la compañía de leasing para decidir contratar o no con el cliente, realiza una serie de estudios relacionados con su estado crediticio y financiero. De manera que no puede ser tan sencillo para el cliente, poner de repente a otra persona en su lugar, desconociendo la importancia que tiene para la compañía las calidades del deudor y el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a esta modalidad de financiación.

Así, podría pensarse también que resulta abusivo que se le dé un beneficio a la entidad financiera en contraprestación de una desventaja para el cliente, más aun cuando se entiende quién es la parte fuerte y cual la débil de la relación contractual, pero es completamente loable que la compañía quiera contratar con quien le garantice completa tranquilidad de pago, ese pago es el fin último para la compañía en este tipo de contratos.

Por otro lado, resulta de suma importancia el derecho a estar informado por parte del cliente, el cual es esencial en el marco de un buen desarrollo del contrato, así, el Concepto de la

Superintendencia tomado como base para este aparte, carece de reconocer, que si bien la compañía puede ceder el contrato, no habla de la obligación que le surge de notificar a su cliente, sobre todo en la actualidad dónde el día a día es presenciarse el ingreso al mercado de nuevas entidades bancarias, bien sea por modelos de absorción o fusionándose con otras.

2.3. Gastos notariales y tributarios derivados de la adquisición del bien, seguros y garantías exigibles por la compañía de leasing.

La Superintendencia Bancaria, ahora Financiera, ha tratado en diferentes ocasiones lo relativo a los gastos notariales y tributarios, los seguros y las garantías exigibles por la compañía de leasing. Así en el Concepto No. 2003054641-1 del 3 de marzo de 2004, la entidad señaló que al no existir una norma que regule estos aspectos debía recurrirse al artículo 3° del Decreto 777 de 2003 en cual prevé que “el bien inmueble entregado en leasing habitacional, deberá ser de la propiedad de la entidad autorizada durante el término del contrato, derecho de dominio que conservará hasta tanto el locatario ejerza la opción de adquisición y pague su valor (...)”.

Así las cosas, se presume que por ser la compañía de leasing la propietaria del bien, hasta tanto no se haga uso de la opción de compra por parte del locatario, será esta la llamada a asumir las obligaciones tributarias y notariales que se causen al momento de la adquisición del bien.

Ahora, en virtud del desplazamiento de obligaciones, la regla general y práctica es que sea el locatario quien se encargue del pago de los respectivos impuestos prediales e inclusive de los cobros por valorización que pueda sufrir, en este caso, el bien inmueble, sin embargo, es de aclarar que respecto del impuesto predial unificado y de la contribución por valorización que “el sujeto pasivo es el propietario o poseedor del inmueble. Entre estos dos sujetos se reconoce una obligación solidaria por el pago del predial unificado” (FRANCISCO TERNERA., 2015). De modo que para ese caso no debería existir un desplazamiento obligacional en atención a que el locatario simplemente es un mero tenedor.

Ahora bien, sin perjuicio de la autonomía de la voluntad contractual, y del tema central del presente escrito, es completamente admisible que se pacte entre las partes un desplazamiento de las obligaciones relativas a costos notariales y tributarios al momento de la adquisición del bien en cabeza del locatario. Lo cual más allá de un pacto propiamente dicho puede provenir de un contrato de adhesión, en el que será menester observar que no se esté ante eventuales cláusulas abusivas.

Surge igualmente un interrogante adicional a los tratados en el Concepto en mención, esto es, si entre el locatario y el proveedor no media contrato alguno y la compañía de leasing exigiera el pago de un porcentaje a título de cuota inicial de ese negocio, toda vez que no financiará el 100% del valor del bien, ¿qué legitimidad tiene ese futuro locatario para entregar dineros a título de “cuota inicial” a su proveedor?

Pues bien, lo correcto sería, una vez más, entender la naturaleza de esta operación financiera, la cual casi siempre implica un traslado de obligaciones en cabeza de quien no debería tenerlas. Así, el futuro locatario debería asumir esa obligación que está en cabeza de la compañía de leasing, sin contrato alguno que respalde la entrega de esa fracción de dinero, simplemente porque cumple una obligación desplazable estipulada por otro, de modo que ese porcentaje que entrega inicialmente puede ser interpretado como una garantía en favor del banco quien adquiere el 100% de la propiedad del bien.

Respecto de la obligación de contratar seguros por parte del locatario, la cual también es una obligación en virtud del eventual desplazamiento, el artículo 8° del Decreto 777 de 2003 dispuso que son seguros obligatorios para el contrato de leasing habitacional el de incendio y terremoto. De manera opcional queda abierta la posibilidad que el locatario contrate otros seguros como el de vida deudores.

Como se decía, si bien es una obligación desplazable, también tiene cabida la interpretación de que por más propietaria que sea la compañía de leasing, y tenga esta un justo ánimo de asegurar su inversión, sea el locatario quien se haga cargo de estas obligaciones, pues ejercicio del uso y goce del inmueble justifica plenamente que deba asumir esos costos. No puede olvidarse, como se mencionó, que la función de la compañía de leasing se circunscribe a servir de intermediario financiero entre el cliente y el proveedor del bien.

Vale la pena citar lo dicho sobre el particular por Eduardo Cifuentes Muñoz, con el ánimo de sintetizar esa obligación que tiene el locatario de adquirir los respectivos seguros:

"(...) la conservación de la cosa se abandona completamente al cuidado del arrendatario; a éste corresponde, igualmente, contratar pólizas que cubran los riesgos de su pérdida o destrucción; el arrendador se exonera de toda responsabilidad por concepto de las calidades o defectos de la cosa. Lo anterior es consecuencia del carácter financiero del arrendador y de la naturaleza eminentemente financiera de su interés en el negocio (...) La sociedad de leasing ha efectuado una determinada inversión en un bien o equipo y el contrato que celebra le permite a la sociedad -es lo que busca- recuperar su inversión y realizar una ganancia (...)"

La naturaleza financiera de la operación se acentúa aún más cuando examinamos la estructura del contrato. Los cánones o rentas se han diseñado de manera que no son simples contrapartidas por el goce de la cosa sino que sumados integran su precio, los costos y gastos financieros incurridos por la sociedad y el margen de ganancia que esta se fija (...)" (Muñoz, 1988)

Respecto de las garantías, como se mencionó anteriormente, a juicio personal, hasta que no se haga uso de la opción de compra, esa porción que paga el locatario a título de cuota inicial, puede ser tenida en cuenta como garantía. Ahora bien, las habrá de carácter rutinario para la entidad financiera, como la firma de pagarés en blanco o inclusive la participación de codeudores con finca raíz en su haber, lo que dependerá de la respectiva entidad, del momento económico que atravesase el país e inclusive de la redacción misma de los contratos.

2.4. Admisibilidad del prepago de cánones de arrendamiento financiero.

La controversia sobre este punto emana de la necesidad de adquirir beneficios del locatario como consumidor financiero, toda vez que el artículo 1° de la Ley 1555 de 2012, da vía libre a que se permita el pago anticipado de toda obligación de crédito en moneda legal, eximiendo al cliente de cualquier eventual penalización.

Pero ante la incertidumbre del locatario medio de entender el contrato de leasing financiero como "obligación de crédito", bien podría pensarse que no se encontraría cobijado por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de la norma arriba señalada, lo cual fue resuelto por la Superintendencia Financiera en los siguientes términos:

"(...) se estima que el contrato de leasing financiero comporta una operación indirecta de crédito a favor del arrendatario (locatario)" (Superintendencia Financiera., Concepto No. 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012).

De modo tal que, al interpretarse el contrato de leasing financiero como una operación indirecta de crédito, la cual se armoniza con la Ley 1328 de 2009, es un derecho, como consumidor financiero, que le asiste al locatario, el poder realizar el pago anticipado de la obligación sin que se cause penalización alguna. Todo esto en virtud de lo sustentado en la exposición de motivos de la ley en mención que señala:

“(…) Sin duda alguna, la posibilidad de pagar anticipadamente es una medida a favor de la libre competencia y va en defensa de los usuarios de servicios crediticios ofrecidos por las entidades financieras.”

2.5. El locatario habitacional de propiedad horizontal como miembro de la asamblea general de copropietarios.

A manera de regla general, asistir a las diferentes asambleas de copropietarios de propiedad horizontal es una obligación *propter rem*, de tal forma que se predica de quien tiene el rol de propietario, que para este caso es la compañía de leasing. Lo cual resulta poco práctico en la cotidianidad, imagínese por un momento que las entidades bancarias o sociedades de leasing tuvieran que disponer de su personal para comparecer a esas asambleas en las que generalmente se entra a definir temas de convivencia y administración de la propiedad horizontal.

Entonces, ese proceder resultaría impráctico, lo que deviene en otra típica obligación desplazable en cabeza del locatario.

La Superintendencia Financiera lo precisó recientemente en los siguientes términos:

“(…) en relación con la normatividad de propiedad horizontal, es de precisar que el artículo 37 de la Ley 675 de 2001 dispone que la asamblea general la constituirán los propietarios de bienes privados, o sus representantes o delegados. En estos términos, se tiene que para el caso de inmuebles entregados en leasing habitacional, la institución financiera propietaria de tales bienes será la llamada a ejercer en dicha asamblea los derechos que le asisten en tal calidad. Lo anterior, no es un impedimento para que si lo estima conveniente, la entidad autorice al locatario para que la represente en las reuniones de copropietarios (ordinarias –extraordinarias), en las condiciones establecidas por la misma en el respectivo poder” (Superintendencia Financiera, Concepto No. 2017029326-002 del 21 de abril de 2017)

De manera que, una vez más, un punto práctico del contrato de leasing que podría ser controversial, resulta fácilmente dirimible apelando a la autonomía de la voluntad contractual, donde bien puede la compañía de leasing pactar con el locatario que sea este último quien entre a representar los intereses en las asambleas generales, lo que resalta aún más la importancia de las obligaciones desplazables en cabeza del otro. Esta aproximación resulta razonable, pues quien ostenta el uso y goce del bien será el único interesado en lo que se produzca de esas asambleas.

En todo caso, quien haga las veces de representante legal de la propiedad horizontal deberá estar informado del mencionado traslado obligacional, toda vez que al tener relacionado como propietario del inmueble a la sociedad de leasing, podría alegar que solo permitiría la participación en reuniones de asamblea de quien ostente un poder especial en representación de la persona jurídica. Igualmente, el desconocimiento de la relación contractual que existe entre el locatario y la sociedad de leasing puede dar lugar a la imposición de multas bajo el entendido de una eventual inasistencia a las reuniones de carácter ordinario o extraordinario por parte del propietario del inmueble.

2.6. Exoneración del pago del canon ante la pérdida o destrucción del bien objeto de arrendamiento financiero.

Esta vicisitud del contrato de arrendamiento financiero se estudiará a partir de un hecho lamentable como lo es un accidente de tránsito con víctimas letales (Radio Santa Fe 1070a.m, 2007). El siniestro, ocurrido el 14 de abril de 2007, involucró una ambulancia que quedó en condición de pérdida total por la gravedad de los daños. Si bien las pérdidas humanas resultan atroces, es menester, para los fines del presente escrito concentrarse en la pérdida material.

Contextualizado lo anterior, es de resaltar que la empresa a la cual se encontraba afiliado el vehículo, ejercía el uso y goce sobre el mismo a través de un contrato de leasing. Dicho acuerdo de voluntades establecía la siguiente cláusula: *“La obligación de pagar los cánones de arrendamiento no se suspenderá por el hecho de cesar temporal o definitivamente el funcionamiento del bien objeto del contrato, por cualquier causa no imputable al LEASING”*. Esta disposición contractual fue considerada de ineficaz por los representantes de los intereses de la compañía prestadora del servicio de ambulancias.

La mencionada ineficacia tuvo como base argumentativa que la redacción de la cláusula es contraria a la regla general que rige los contratos de tenencia, pues como lo prevé el artículo 2008 del Código Civil, la destrucción total de la cosa dada en arrendamiento, origina la terminación del contrato por sustracción de materia, esto es, carencia de objeto.

Lo anterior denota la aplicación de la analogía¹¹ para poder interpretar que la norma especial para el contrato de arrendamiento se interpreta extensivamente para un contrato similar a aquel, interpretación que a simple vista no se observa como desatinada.

En virtud de la aplicación de la analogía, ante la pérdida total del vehículo, automáticamente operaría una exoneración del pago de cánones correspondientes al arrendamiento financiero pues el objeto se interpreta como destruido totalmente.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, al revisar el caso en casación, la Corte Suprema de Justicia, fue insistente en dos puntos (i) la necesidad de interpretar el contrato como un todo, esto es, entender como articuladas entre sí sus cláusulas y (ii) la naturaleza financiera que reviste al contrato de leasing. (Corte Suprema de Justicia., M.P., Margarita Cabello Blanco., del 22 de julio de 2015.)

Así, precisó, en cita de Sentencia de 1994 que *“El negocio jurídico es un arreglo de voluntades que por lo general constituye un sistema y, en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica; no como elementos autónomos e independientes, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de hacerle producir a la convención efectos que las partes ni siquiera sospecharon”* (CSJ SC Sentencia de Marzo 14 de 1994,) de tal manera que no es posible excluir una de las cláusulas contractuales yendo así en contravía de principios como la buena fe, equidad y confianza entre las partes.

Respecto de la naturaleza del contrato de leasing, la Corte, articula lo antedicho con la siguiente precisión: *“el deber de pagar los cánones a pesar de la destrucción del objeto dentro del leasing suscrito, incorporaba la amortización de una obligación de linaje financiero”*. De modo que allí traza una delgada línea con el artículo 1973 del Código Civil, relativo al contrato de arrendamiento, pues

11. El artículo 8° de la Ley 153 de 1887 señala que “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”

en el marco del leasing o arrendamiento financiero, a diferencia del arrendamiento común, si existe una pretensión por parte del locatario de mutar su posición de mero tenedor a propietario.

Es allí donde cobra importancia la naturaleza y función económica del contrato de leasing, en el que a través del pago de cánones mensuales se amortiza el valor de adquisición del bien. De esta suerte, estamos ante una verdadera financiación que bien puede convertir en propietario a ese mero tenedor inicial. Por lo tanto, no hay cabida a interpretar que la inexistencia del bien por su desaparición o destrucción total faculte al no pago de los cánones.

Lo anterior también puede argumentarse desde la óptica de los seguros, en el entendido que en esta modalidad contractual generalmente se estipula al locatario como la parte llamada a asumir los riesgos¹². Así, los seguros tienen una naturaleza indemnizatoria, de manera que al perecer el bien, la llamada a ser beneficiaria será la compañía de leasing, la que a su vez pondrá a disposición del locatario el bien en reemplazo¹³, pero de ninguna manera podrá ese locatario dejar de pagar los cánones, pues en este contrato impera una naturaleza crediticia, esto es que deberá seguir pagando el valor del crédito, inclusive en el tiempo que tarde la aseguradora en reponer el bien y que de ninguna manera el contrato de seguro será excusa para exonerarse del pago de la obligación principal del contrato de leasing.

Al trazar la mencionada línea entre los dos contratos, la Corte fija un criterio que imposibilita la interpretación analógica de las normas propias del contrato de arrendamiento a los vacíos normativos que pueda llegar a tener el contrato de leasing, esto es, el espíritu crediticio del contrato de leasing que permite apalancar el costo del bien con miras a ser su propietario.

2.7. La mora en el pago del canon; ¿el cálculo de intereses moratorios se hace sobre la cuota o el capital? – Prelación legal y constitucional de una obligación derivada de un contrato de leasing habitacional en la que el deudor se encuentra en mora en el marco de un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante ¿Debe asemejarse a un crédito hipotecario?

Como se ha revisado a lo largo del escrito, la obligación de pagar el precio del arrendamiento financiero por parte del locatario es de la esencia del contrato de leasing, de manera que el incumplimiento de esta dará lugar a estar en mora, lo que genera como consecuencia que el acreedor sea indemnizado por los perjuicios que sufre al no recibir el precio pactado, de modo que resulta razonable pensar en que el locatario debe reparar ese daño, a través del pago de intereses moratorios, pero para sustentar esto, debe hacerse una lectura de lo interpretado por la Superintendencia Financiera.

Así, el cobro de intereses sobre intereses ha sido dirimido por la Superintendencia Bancaria, ahora Financiera, en el Concepto No. 2001054420-4 del 28 de febrero de 2002, señalando de primera mano que, con base en las normas que regulan la materia de intereses, los réditos deben cobrarse sobre el capital adeudado y no sobre el componente de intereses, sin perjuicio de algunas excepciones.

12. Señala la Corte en la Sentencia en cita que: "El tema de los riesgos, bajo el criterio de que sean asumidos por el arrendatario se fundamenta en que es esta parte la que detenta materialmente el bien dado en leasing, es ella la que tiene el control sobre el mismo y la que por tanto, puede evitar con más facilidad la ocurrencia de un siniestro, por encontrarse en mejores condiciones de prevenirlo"

13. Antonio Manuel Morales Moreno, en su obra intitulada Claves de la Modernización del Derecho de Contratos., Editorial Ibáñez, 2016., ha mencionado que "a través de la operación de reemplazo, el contratante insatisfecho logra satisfacer in natura su interés en el cumplimiento del contrato, no por la vía del cumplimiento del otro contratante, sino a través de un tercero (indemnización)" citando a Soler Presas (1998)

Existe la posibilidad que, de común acuerdo, se haya pactado la capitalización de intereses remuneratorios, de lo contrario, es decir, de no haberse pactado, de una cuota que incluye capital e intereses, como lo es el caso del leasing financiero, “solamente podría cobrarse mora frente a la parte correspondiente al capital” (Superintendencia Bancaria., Concepto No. 2001054420-4 del 28 de febrero de 2002).

Ahora, remitiéndose al artículo 884 del Código de Comercio, resulta posible que los intereses produzcan intereses, pero solo en situaciones precisas que la ley prevé, las cuales son, cuando exista una demanda en curso o un acuerdo posterior al vencimiento de la obligación, con la condición sine qua non que los intereses se deban con una antelación de por lo menos un año.

De otro lado, es menester dar una mirada al artículo 69 de la Ley 45 de 1990 en cuanto a la cláusula aceleratoria se refiere pues, “en caso de estar pactada la cláusula aceleratoria en créditos con sistemas de pago por cuotas periódicas, el acreedor eventualmente podría cobrar intereses de mora si se presentan retardos en el cumplimiento de la obligación, sobre las cuotas vencidas, siempre y cuando mantenga el plazo originalmente pactado”.

Así, resulta posible que se cobren intereses sobre intereses, pero la regla general es que de cobrarse intereses moratorios, estos se causen sobre lo que se adeude de capital, también es importante señalar que en armonía del artículo 69 de la Ley 45 de 1990, al contemplar la posibilidad de restituir el plazo al deudor, la condiciona al hecho de que en tal evento el acreedor cobre intereses de mora solo sobre las cuotas periódicas vencidas, así estas estén conformadas por capital e intereses o solo de intereses.

A manera de conclusión, en lo que respecta al cobro de intereses en esta forma contractual, debe decirse que en lo que cobra la compañía de leasing va envuelto el interés remuneratorio, y de haber sanción por la mora en el pago ese sería el interés moratorio, evento en cual, según lo argumenta la Superintendencia, “no es factible el cobro simultáneo de intereses corrientes e intereses moratorios por cuanto estas modalidades son excluyentes”.

Ahora bien, en lo relativo a la prelación de créditos en el marco de un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante en el que una de las obligaciones a negociar sea la derivada de un contrato de leasing habitacional, surge un importante interrogante, el cual una vez más invita a tratar de asemejar el contrato objeto de estudio con otro que guarde semejanza como lo es el de hipoteca.

Así, cuando un deudor se encuentre en incumplimiento, sus acreedores podrán cobrar la obligación según la clase de su crédito, conforme se ha establecido en los artículos 2494 y siguientes del Código Civil, de manera que en esa disposición normativa no se habla específicamente del contrato de leasing, con seguridad por datar esta norma de 1873, lo que invita a asemejar una obligación hipotecaria con la del leasing habitacional, toda vez que como se referenció anteriormente, ese contrato de leasing tiene una connotación crediticia, pues apalanca la adquisición del bien, en este caso un inmueble del que el locatario, en uso de su opción de compra, aspira a ser propietario.

Entonces, los interrogantes a resolver serán: ¿En qué clase, respecto de la prelación de créditos, se encuentra el contrato de leasing? ¿Deberá asemejarse a un crédito hipotecario e interpretarlo como de tercera clase?, interrogantes que considero oportuno fueran resueltos por quienes en el ejercicio profesional tienen un contacto diario con estos aspectos, de tal forma, que en virtud del Derecho de Petición¹⁴ me remití a los principales Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de

14. Derechos de Petición Radicados por Gabriel Arias Barreto a las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali, Medellín y a la Fundación Liborio Mejía en Barranquilla, en febrero de 2019.

Colombia, certificados como operadores de insolvencia, de forma que en virtud de su experiencia aportaran a la claridad de estas preguntas, por supuesto sin el ánimo de recibir de estos un concepto jurídico, sino una narrativa de su experiencia.

De forma conjunta, la experiencia se centra en un argumento, que una vez más impiden asemejar el contrato en estudio con otro similar como el de hipoteca, argumento que en el marco de este ejercicio académico parafraseo de la respuesta recibida por parte del Dr. Oscar Marín Martínez, operador de Insolvencia de la Fundación Liborio Mejía, en Barranquilla:

•“Los bienes muebles o inmuebles bajo la modalidad de leasing pertenecen a la entidad financiera, por ende, no deben ser declarados como propiedad del deudor, a diferencia de un crédito hipotecario, modalidad de préstamo en la que el inmueble si se encuentra bajo el dominio del deudor, sin embargo, es el hipotecante quien dispondrá del inmueble como garantía de la devolución del préstamo concedido”

De modo tal que ante la imposibilidad de asemejar los dos contratos al momento de la negociación de obligaciones en el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, la conclusión inmediata será que la presunción legal que se debe establecer para el crédito de leasing será la de la Quinta Clase, en el entendido que estos contratos no conllevan una obligación prendaria si se tratara de bienes inmuebles o hipotecarias al tratarse de bienes inmuebles, esto es que estos últimos si cuentan con una prelación sobre los contratos de leasing, pues, el artículo 2499 del Código Civil los prevé como de tercera clase.

3. PROPUESTA SOBRE EL CONTENIDO DE UNA EVENTUAL DISPOSICIÓN NORMATIVA TENDIENTE A LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING.

Resultaría pretencioso formular la redacción de una norma que pretenda tipificar el contrato materia de estudio, pero a partir de los puntos esbozados a lo largo de este escrito, se presentan a continuación las que podrían considerarse las bases argumentativas de esa eventual ley.

- La Jurisprudencia y la Doctrina han interpretado el contrato de leasing como: “una operación en virtud del cual el establecimiento de crédito incorpora a su patrimonio un bien previamente seleccionado por su cliente, adquiriendo la obligación de concederle su uso y goce por un plazo determinado. A su vez, el cliente se obliga a pagar a favor de la entidad financiera una suma de dinero en cuotas periódicas, equivalentes a los cánones de arrendamiento quedando facultado, al final del contrato, para comprar el bien por un valor residual (opción de compra).” (CONCEPTO 2011091655-001 SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Enero 2012)
- Algunas de las obligaciones que le corresponden a la compañía de leasing pueden ser desplazadas a otros sujetos que participan en la operación, como lo son el locatario o el proveedor, esto por exigencia misma del contexto en el que se desarrolla el contrato, de manera que muchas de las obligaciones que a primera vista podrían considerarse inherentes al propietario del bien objeto de arrendamiento financiero, son trasladadas a su cliente por tener el uso y goce de la cosa o inclusive trasladadas en cabeza del proveedor, quien será el llamado a responder por la calidad, idoneidad y funcionamiento de su producto.
- Las cláusulas que excluyen la responsabilidad de la compañía de leasing respecto de las calidades del bien, resultan admisibles y válidas en el entendido que quien escoge el producto es el cliente mismo, quien tendrá el uso y goce, y quien en virtud del derecho del consumo, siempre y cuando se esté en una relación de consumo, en su calidad de usuario del bien, está facultado

para exigir del proveedor la garantía del bien, de modo que los vicios no son una excusa para dejar de pagar el canon.

- El Contrato de Leasing es cedible, concluye la Superintendencia Financiera que para la compañía de leasing no hay restricción al respecto, aunque desde un punto de vista crítico, se considera que si bien no se requiere la aquiescencia del cliente, al menos debe respetársele su derecho a contar con información clara y precisa, de manera que se le permita entender lo pertinente a la cesión. Contrario sensu, el cliente no goza de la libertad de ceder el contrato, en virtud de un argumento completamente razonable, el cual se refleja en situaciones intuitu personae, como lo son su capacidad crediticia e ingresos, de manera que en una eventual cesión, debe contarse con el consentimiento de la entidad financiera.
- Hasta tanto no se haga uso de la opción de compra por parte del cliente, es la compañía de leasing la que debe asumir los gastos notariales y financieros derivados de la adquisición del bien, sin embargo, el pacto en contrario es admisible, pues este tipo de obligaciones bien pueden ser desplazadas en cabeza del cliente, ahora bien respecto de la contratación de seguros, debe concluirse que el de incendio y terremoto, son prácticamente obligatorios y de manera opcional queda abierta la posibilidad que el locatario contrate otros seguros como el de vida deudores.
- En virtud del artículo 1° de la Ley 1555 de 2012 en armonía con el Estatuto del Consumidor Financiero, resulta completamente admisible que el cliente realice los pagos de los cánones de manera anticipada o prepagada sin que la compañía de leasing pueda imponer sanciones ante la eventualidad de terminar anticipadamente el contrato.
- En el leasing habitacional en propiedad horizontal, resulta lógico que por ser la compañía de leasing la propietaria del inmueble, sea un representante de esta quien asista a las reuniones de asamblea, pero en virtud de la autonomía de la voluntad y del desarrollo mismo del contrato, es posible que estemos frente a otra obligación desplazable, esta vez en cabeza del locatario, quien por tener el uso y goce, será el directo interesado de las decisiones que deban tomarse en las referidas asambleas.
- En el precio que cobra la compañía de leasing va envuelto el interés remuneratorio, y de haber sanción por la mora en el pago, ese sería el interés moratorio, evento en cual, según lo argumenta la Superintendencia, "no es factible el cobro simultáneo de intereses corrientes e intereses moratorios por cuanto estas modalidades son excluyentes". Además, de ninguna manera será equiparable con un contrato de índole hipotecaria al momento de la prelación de créditos en el eventual incumplimiento del locatario.

CONCLUSIONES

Por la naturaleza misma del contrato de leasing se encuentra un buen número de obligaciones desplazables entre los sujetos participantes de la operación financiera, desplazamientos que si bien rompen reglas generales, permiten un disfrute cómodo de la posición contractual de cada quien y que, en virtud de ellas y de la esencia misma de este contrato atípico, se generan una serie de vicisitudes que no resultan, en su mayoría, de fácil o inmediatamente lógica solución.

Al presentar varias interpretaciones podría generarse un escenario de injusticia para alguna de las partes contractuales, de manera que una adecuada regulación a esta materia permitiría que no se divague entre posibles soluciones sino que sea la ley misma la que brinde la interpretación correcta y definitiva a las problemáticas que puedan presentarse en el desarrollo de esta figura contractual en pro a la seguridad jurídica.

AGRADECIMIENTOS

Este artículo de reflexión surgió como producto de la investigación adelantada como trabajo de grado para optar al título de magíster en derecho privado por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia, el autor agradece al profesor Dr. Camilo Andrés Rodríguez Yong.

REFERENCIAS

Asociación Bancaria de Colombia. (1982). *Leasing o Arrendamiento Financiero* (3ª. Edición. ed.). Bogotá.

Azuero, S. R. (2013). *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*, (Segunda reimpresión de la sexta edición, ed.). Bogotá,; Editorial Legis S.A.,

Broseta Pont, M. (1985). *Manual de Derecho Mercantil* (Sexta Edición ed.). Madrid. Cabanillas Sánchez, Antonio. La Configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional. En Anuario de Derecho Civil. 1991. Pág. 1007. Cfme: José Ramón Buitrago Rubira. El leasing mobiliario y su jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona; Di Gregorio. Le clausole di esonerazione da responsabilità contrattuale a favore del concedente nel contratto di leasing. En NGCC, Roma 1992. Págs. 36 y ss. En sentido similar, Jean Calais-Aulay, Credit-Bail (Leasing), en Encyclopédie Juridique Dalloz, Paris, 1987, pág. 9.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 6462, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia del 13 de diciembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia, M.P, Margarita Cabello Blanco, del 22 de julio de 2015. (s.f.). *Radicación No. 1001 31 03 039 2009 00161 01., SC 9446-2015.*

Corte Suprema de Justicia SC Sentencia de Marzo 14 de 1994, . (s.f.). *Gaceta Judicial No 2467.*

Corte Suprema de Justicia SC, Sentencia . (Oct. 22 de 2001),. *radicación n. 5817.*
Decreto 913 de 1993, artículo 2°.

Muñoz, E. C. (1988). *El Leasing y su incorporación en el derecho colombiano*, (Citado en el Concepto No. 2001017021-1 de julio 13 de 2001 de la Superintendencia Bancaria). Bogotá: Editorial Temis S.A.,

Noticia consultada en: <http://www.radiosantafe.com/2007/04/14/un-muerto-tras-accidente-de-ambulancia-en-bogota/>. (s.f.).

Superintendencia Bancaria , oficio No. 94049172-1 del 20 de septiembre de 1994. (s.f.).

Superintendencia Bancaria, Concepto No. 2003028370-1 de julio 28 de 2003. (s.f.).

Superintendencia Bancaria, Concepto No. 2001054420-4 del 28 de febrero de 2002. (s.f.).

Superintendencia Financiera, Concepto No. 2017029326-002 del 21 de abril de 2017. (s.f.).

Superintendencia Financiera, Concepto No. 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012. (s.f.).

Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2011091655-001 (20 de enero de 2012).

Tenera, F. (2015) *Derechos Reales*, cuarta edición., editorial Temis.

Vidal, C. (1977). *El Leasing*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Tesis de doctorado., Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales / Instituto de Planificación Contable.