

**EL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL EN
COLOMBIA PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA
URBANA**

MARTHA ISABEL ORDUZ GARCIA

**DIRECTORA DE TESIS
DOCTORA MARIA ELENA DUARTE HERNANDEZ**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
MAYO DE 2005**

Al ver condensada mi monografía de grado entre un par de pastas duras y con el deber de hacer una dedicatoria en el mismo, pero más con la inmensa intención de aprovechar la oportunidad para agradecer a quienes me han apoyado siempre, han creído en mí y de una y otra forma son también artífices de estas paginas.

A mis padres, Germán Orduz Cabrera y Martha Eugenia García Parada, les agradezco inmensamente toda la confianza depositada, gracias por creer en mí, por su apoyo incondicional, mi devoción y mi corazón por siempre a ustedes.

Todos mis hermanos, mis sobrinas Gabriela, Verónica y el Tío Julio, a la Tía Anita, quienes siempre me han brindado su apoyo y dado motivos para retomar la energía y luchar hasta el fin sin perder el aire.

A mi directora de tesis, por su valiosa colaboración, su comprensión y su trabajo, mil gracias. A todos mis profesores y a la Universidad por su esmerada dedicación a la noble misión de formar profesionales íntegros e integrales.

Mis grandes amigas y amigos sinceros, que me han dado sus criticas constructivas, claras y directas, gracias por ayudarme a ser mejor persona, Mario, Andrea, Anita, Paola, Diana, Vlado, Luisa, Juan, Liliana; ustedes a quienes puedo osadamente llamar amigos, mi lealtad eterna.

A Fahd, dans la distance, dans mon chemin, dans les circonstances plus difficiles, tu es toujours à mon côté, merci beaucoup. A Magdalena et Albéric (mes anges), vous m'avez rappelés mes rêves et mes buts quand les alpes sont cachées par le brouillard.

Por sobretodo, gracias a Dios, por brindarme la capacidad para trabajar, aprender, estudiar y tantas oportunidades bellas en la vida para crecer y ser persona.

Isabel Orduz Garcia.

Mayo 19 de 2.005

INTRODUCCION

Nuestro país es catalogado internacionalmente como una nación inestable, con ausencia de seguridad jurídica, política y económica, todo esto atendiendo el conflicto armado que se vive día a día, los organismos internacionales catalogan a Colombia como un país en guerra civil, mientras que el gobierno colombiano, afirma que es un estado social de derecho, democrático donde se respetan los derechos fundamentales del hombre, los derechos sociales, culturales y políticos.

Tanto el punto de vista internacional, como nacional son ciertos, si bien existe la clara intención de las instituciones gubernamentales y de sus dirigentes en procurar el paz, el respeto, la solidaridad y el progreso social, económico y político. El conflicto armado que existe en nuestro territorio, cumple con todos los requisitos para ser catalogado como una guerra civil, que no es declarada legítimamente, pero que es justificada por el gobierno y el ejército nacional cada vez que activan un fusil y aniquilan sin importar cuantas personas con la justísima causa de mantener el orden y la seguridad publica, estatal y social.

Siempre ha sido de mi interés, los diferentes problemas que adolece nuestra patria, es por tal razón que lo que se llama “guerra civil” para los unos o “conflicto” para los otros, obedece al evidente desequilibrio económico, que se traduce en su principal causa, para mi; la pobreza económica de los colombianos.

La pobreza, tiene múltiples causas, una de ella es la falta de vivienda digna, es por esto que en marzo del año de 2004, el gobierno nacional colombiano, liderado por el señor Presidente de la Republica Alvaro Uribe Vélez, inicio el debate con el propósito de encontrar una solución que permita el acceso una vivienda digna, el cual obedece a un derecho constitucional, consagrado en el articulo 51 de nuestra Carta Magna. De esta manera, exponiendo el señor Presidente y el Senado de la Republica sus benévolos y altruistas fines sociales, se da origen al contrato de leasing habitacional para vivienda urbana un acto jurídico que permitirá el anhelado sueño de los Colombianos, acceder a una vivienda digna.

En el transcurso de la investigación, con el fin de acertar, de no cometer error en nuestras acepciones, he iniciado el análisis jurídico de los contratos civiles clásicos de nuestra legislación que si bien son los que inspiran el nacimiento del contrato de leasing en general, que después se ha adaptado, con ciertas reglas especiales en virtud a su fuerte carga social, para alcanzar el fin propuesto adquirir una vivienda digna.

Este estudio, tiene como fin proporcionar un análisis de la efectividad real y jurídica de este contrato dentro de nuestro contexto nacional, o si simplemente surge como una necesidad comercial bancaria en vista al eminente fracaso del antiguo sistema de financiación a través del contratos de crédito hipotecario, denominadas sistema UPAC y posteriormente UVR, y ahora, la conocida titularización de los créditos hipotecarios.

He procurado que el contenido de este trabajo de grado posea un vocabulario sencillo, práctico y claro dirigido no solamente a los estudiantes de derecho, abogados, juristas o a quienes guardan relación directa con las leyes, sino para todas aquellas personas que son las mas interesadas y necesitadas de comprender este tipo de contratos financieros, es decir para todos a quienes son potencialmente sujetos de este contrato, que buscan tener una vivienda digna, la cual sea el albergue y desarrollo de su hogar, de su familia, considerada constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad colombiana.

Bajo mi punto de vista, he percibido que sin bien es necesario en materia jurídica llamar a cada cosa por su nombre, pues la legislación es precisa y deriva derechos y obligaciones que tienen que ser necesariamente determinados y delimitados, también sabemos que este tipo de documentos no son de fácil acceso intelectual para la sociedad colombiana en general. Es necesario comprender a priori ciertos aspectos jurídicos, financieros, mercantiles para lograr discernir si los fines sociales inspiradores de toda nuestra legislación, son posibles, pues no se puede perder de vista que aunque exista un alto contenido escrito social y humano, nuestro sistema económico y el mundial, son eminentemente capitalistas, y este tipo de contratos, es de naturaleza mercantil.

Así que con la intención de hacer un análisis objetivo, he buscado dar a conocer no sólo las ventajas que se pueden vislumbrar a simple vista y gracias al fuerte “ marketing “ de las entidades financieras en promocionarlo, pero, este contrato de leasing habitacional para vivienda urbana, idealmente obedece a una necesidad primaria social, tal como lo mencioné anteriormente, lo que a mi parecer debe primar ante su ingrediente económico. No pretendo negar, que este contrato en virtud a su naturaleza mercantil, no puede dejar de percibir una utilidad económica para las entidades bancarias, pero si anhelo dar a conocer su efectividad, su posibilidad real y su viabilidad en hilación directa a los fines constitucionales como; la primacía del interés general o los derechos fundamentales de una vivienda digna etc. Cual es la brújula que dirige estas leyes? Los fines constitucionales o la crisis de iliquidez del sistema bancario colombiano como ente jurídico propietario de miles de viviendas dadas en dación de pago, gracias al sistema de crédito hipotecario?

Al introducimos en la investigación jurídica de los contratos económicos mas antiguos del derecho, se tomaron ciertos aspectos considerados claves para después lograr nuestro objetivo, delimitar jurídicamente el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, tal como el legislador lo ha bautizado.

De este modo, encontramos en un primer capítulo, un breve estudio del contrato civil en general, para después abordar, el contrato de compraventa de vivienda urbana y de arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana; ambos tienen un fuerte influencia en el nacimiento del contrato de leasing en general, que es, el que finalmente se especializa con el fin de promocionar la adquisición de vivienda. Es decir, este trabajo de grado, ha retomado los aspectos especificados, clásicos y particulares de los contratos tradicionales para analizarlos en la aplicación de estos nuevos instrumentos contractuales, movidos por otros fines, pero que en algunas oportunidades sus similitudes lograrían confundir a quienes no poseen los conocimientos a priori a que hice relevancia anteriormente. Así concluimos en el último capítulo con el análisis interrelacionado de las claras e inminentes diferencias y similitudes entre los tres contratos antes mencionados y nuestro contrato objeto de estudio; contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda urbana y con sus

fuertes connotaciones sociales y económicas que lo acompañan dentro del contexto de la realidad Colombiana.

CAPITULO I

1. DEL CONTRATO EN GENERAL

1.1. CONCEPTO

Para entrar en la materia de estudio, es interesante abordar el concepto de contrato desde la noción del Derecho romano, en razón a la variedad de contratos que se desarrollaron, cada uno con sus características y reglas especiales, En el derecho justiniano, encontramos su noción al decir que “el contrato es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica”¹

Finalmente, cuando la evolución del Derecho Romano hizo del acuerdo de voluntades el elemento característico del contrato, se aceptó que pudieran ser perfeccionados por el mero consentimiento de las partes, generando obligaciones exigibles o, como nuestro Código Civil, respondiendo a su época de creación, en su artículo 1.495 dispuso; “Contrato o convención es un acto por el cuál una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”.²

Al estudiar esta definición, nos damos cuenta de las imprecisiones que posee nuestro artículo, tales como; la equívoca similitud que se hace entre contrato y convención, en razón a que jurisprudencia de la Corte ha dicho “Distinguese el contrato de la convención, en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina, exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no solo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir las obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es el genero y el contrato la especie”³ Pero, no sólo nuestra legislación consagra como equivalente al contrato la convención, debido a que, el

¹ Peña Guzmán y Arguello, Derecho Romano, pag. 261

² Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002.

³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Octubre 18 de 1972.

Código Civil Francés aporta al contrato la definición creada por Pothier: “El contrato es la convención por la cuál una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a hacer o a no hacer alguna cosa”⁴

Pero definamos la convención, (en latín; conventio, sustantivo derivado del verbo conviniere, acordar, ponerse de acuerdo) comprende actos bilaterales no creadores de obligaciones, como son el pago, la remisión, y otros. Por el contrario, el contrato tiene por fin producirlas. Pues bien, “la convención es, pues, una categoría particular de actos jurídicos. Aubry y Rau la definieron como un acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico; es decir, un acuerdo que tenga por objeto modificar una situación jurídica: crear, extinguir o modificar un derecho”⁵

De acuerdo, con lo anterior, pienso que es importante diferenciar los conceptos de convención y contrato, pues sólo cuando un acuerdo de voluntades tiene un objeto distinto de la creación de un vínculo de obligación, convendría hablar de convención y no de contrato.

No sólo la definición nuestro código trae ese erróneo lineamiento aclarado por la suprema corte y doctrinantes de la materia, también yerra al afirmar “una parte se obliga para con otra...”,⁶ pues el contrato surte obligaciones recíprocas para las partes, cómo lo dice el autor Guillermo Ospina Fernández “el contrato es el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones”⁷ concepto, que ha sido mantenido por otros autores como Cardona Hernández al agregar “Es el contrato el acuerdo real de voluntades entre dos partes (cada una de ellas constituida por una o más personas), tendiente a generar obligaciones y los correlativos derechos personales o créditos”⁸. Existen claros ejemplos que demuestran que surgen obligaciones recíprocas para las partes, tales como; el contrato de compraventa, en el cual tanto el vendedor y comprador detentan cada uno las calidades de deudores y acreedores de obligaciones, igualmente

⁴ Article 1101 « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». www.droit.org/code/index

⁵ Tafur Gonzalez, Alvaro. Código Civil compilado, concordado y anotado. Leyer. . Bogotá, 2000. pág 243.

⁶ Ospina Fernández, Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Temis, 1987

⁷ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Temis, 1987. pág 7

en el contrato de arrendamiento, entre el arrendador y arrendatario, el contrato de leasing, el contrato de trabajo, el contrato de obra, el contrato de depósito, el contrato de transporte etc., entre muchos otros.

Sí bien es cierto que diferentes legislaciones se equivocan al momento de definir este importante instituto jurídico, el cuál tiene un ineludible valor adicional de lo patrimonial en la economía de un país, estas imprecisiones legislativas han sido abordadas por la jurisprudencia y doctrina, limitando el concepto, aclarándolo y creando su propia teoría del contrato.

Renato Scognamiglio, uno de los doctrinantes de derecho privado, ha definido y caracterizado el contrato al decir que “los contratos son supuestos de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos, dispositivos de interés y patrimoniales, con consecuencias jurídicas, celebrados por dos o más personas; amén de ser el contrato una especie de negocio jurídico, entre éste y aquél aparecen dos elementos diferenciadores claros: los contratos siempre versan sobre interés patrimoniales y siempre aparecen dos o más sujetos”⁹

Frente a este importante instituto jurídico; básico para el desarrollo económico organizado de los países, a partir del discernimiento de los diferentes autores del derecho y los conceptos de la Suprema Corte, puedo mencionar, que el contrato es un negocio jurídico que surge del acuerdo de voluntades entre dos o mas personas capaces ante la ley, con el fin de crear obligaciones que producen y tienen consecuencias jurídicas, bien sea en derechos y obligaciones.

1.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO

⁸ Cardona Hernández, Guillermo. Contratos Civiles. Ediciones Doctrina y Ley. 2001. pág 2.

⁹ Bohórquez Orduz, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado Colombiano. Unab, 1998. Comentario del libro de Saognamiglio Revato. Teoría general del contrato

Las estipulaciones que constituyen el contrato son de tres clases, las cuales se diferencian claramente en el 1501 del Código Civil: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales”¹⁰

1.2.1. Esenciales.

Según el mismo 1501 C.C. “Son de la misma esencia del contrato aquellas cosas sin las cuales, no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”¹¹ Este elemento principal y obligatorio del contrato, nos indica que estos ingredientes son indispensables para que exista el pacto de las partes, este negocio jurídico no tendrá vida jurídica.

Estos elementos obligatorios son los que debe contener el vínculo contractual siempre que se celebre un contrato en general, estos que son incorporados en el artículo 1502 de la ley civil; elementos de validez del contrato: la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita.

1.2.2. Naturales.

“Son de la naturaleza del contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de ninguna cláusula especial”¹¹. Es decir, son naturales aquellos conceptos y regulaciones jurídicas en materia general de los contratos que existen para mantener un orden y unos parámetros justos en la celebración de los contratos, así que aunque no es necesario que las partes expresen su aceptación, si las partes acuerdan algo diferente a aquello previsto en la ley, es menester que se contemple en el contrato para que surta efectos.

Pertenecen a esta clasificación, todas las cláusulas que no se incorporan al contrato porque las partes sobreentiende pactadas.

¹⁰ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis, 2002.

¹¹ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis, 2002.

1.2.3. Accidentales

“... y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”¹¹ Estos elementos por regla general no existen en el contrato salvo expresa estipulación de las partes que contratan, estas tienen diferentes características, que a su vez son regladas por el ordenamiento civil. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, las explica así:

“ a) En primer lugar, las modalidades de las que constituyen las especies la condición, el plazo y el modo, son parte por definición excepcionales. En términos de derecho lo ordinario es que a los actos jurídicos pueda atribuírseles eficacia inmediata y definitiva tan pronto sus elementos estructurales sean actuales y revestidos de la solemnidad debida si fuere el caso”¹². Puedo decir que esta eficacia inmediata de la cual gozan los contratos, es subordinada cuando las partes acuerdan bien sea una condición, un plazo o modo especial en su vínculo contractual.

Respecto a la condición, el artículo 1530 dice “es una obligación condicional la que dependa de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede ser o no”¹³ la condición conlleva a un acontecimiento que bien puede suceder, como no, caracterizándola por la incertidumbre, que abarca el perfeccionamiento del contrato, mientras que el plazo si bien es cierto es también un hecho futuro, pero con la plena certeza de que se cumplirá el tiempo fijado y cesará el plazo acordado, “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, puede ser expreso o tácito” según artículo 1551¹³.

El tratadista Ospina Fernández, dice que “el plazo detenta dos características esenciales, que se mencionan en su concepto. La primera consiste en ser un hecho futuro que da origen al nacimiento de un derecho, a la celebración de un contrato, o el otorgamiento de un testamento y la siguiente

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de junio 28/1993. Expediente N°. 3680. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

¹³ Tafur González, Álvaro. Código Civil, compilado, concordado y anotado. Leyer. 2000

característica es la certeza que sucederá, dentro de la previsión humana se prevé que efectivamente acontecerá”¹⁴.

El modo, se refiere a “la manera de adquirir el dominio y éste se traduce en diversas modalidades como la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte o por acto entre vivos” Código Civil, artículo 673¹⁵, sí bien es cierto la ley otorga libertad a las partes para el acuerdo de cláusulas especiales, según sus propias necesidades y fin que persigan, no es esta libertad ilimitada pues podrían en algunas circunstancias afectar la validez del contrato, como en los casos en los que la Sala Civil hace mención “sólo en situaciones particulares de escasa ocurrencia en la práctica y por obra de mandatos expresos de la ley como son los contenidos en los artículos 1533 (condición negativa moralmente imposible) y 1535 (condición puramente potestativa dependiente del querer del deudor) del Código Civil, alcanzan a comprometer la validez de la relación contractual íntegramente considerada”¹⁶.

Entendamos que nuestra legislación ha dicho que las condiciones moralmente imposibles son inoperantes, generando vicios en el contrato y las condiciones meramente potestativas producen la nulidad del contrato, porque “depende exclusivamente de la mera voluntad o capricho de la persona que se obliga”¹⁷

1.3. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

Las condiciones necesarias para que un contrato quede formado válidamente y nazca a la vida jurídica, se encuentran enunciadas en el artículo 1502 del Código Civil así:

¹⁴ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones, sexta edición. Temis. Pág 214.

¹⁵ Tafur González, Álvaro. Código Civil, compilado, concordado y anotado. Leyer. 2000.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de junio 28/1993. Expediente N°. 3680. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de julio 3/1969.

“Artículo 1502. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1) Que sea legalmente capaz,
- 2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio,
- 3) Que recaiga sobre un objeto lícito,
- 4) Que tenga una causa lícita.”¹⁸

Este precepto jurídico ha sido objeto de crítica por parte del estudioso del derecho, Guillermo Ospina Fernández, quien expone sus argumentaciones, en resumen, de la siguiente forma:

“a) No es verdad, que la capacidad y el consentimiento sano sea requisito único para la persona que se obliga por un acto o declaración de voluntad, pues es una condición general y obligatoria para toda persona que intervenga en cualquier acto jurídico, sin importar el papel que asuma.

b) Se omite la necesidad de solemnidad legal y la ausencia de lesión enorme, que para determinados actos son requisito de existencia y validez. Igualmente calla sobre los elementos esenciales propios de ciertos actos jurídicos, los cuales son indispensables para que surta efectos

c) Finalmente, enumera indiscriminadamente los requisitos para la existencia de los actos jurídicos y de los requisitos de validez, dando lugar a confusiones entre unos y otros”¹⁹

Teniendo en cuenta, esta crítica es importante aclarar las consecuencias que genera la ausencia de estos requisitos, como son la inexistencia del contrato, nulidad absoluta y nulidad relativa.

1.3.1. El consentimiento:

¹⁸ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis, 2002

¹⁹ Ospina Fernández, Guillermo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Temis, Bogota, 1987. pág 85

En el derecho romano, a través del Digesto, se decía que “el consentimiento es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado; es este acuerdo el que forma la convención, base de todo contrato”²⁰. Es evidente, que la anterior definición exige un acuerdo de las partes proveniente de un consentimiento real, el cuál era un requisito que existía cuando todos y cada una de las personas han manifestado su voluntad convergente hacia un mismo querer.

Nuestro Código no incluye la noción de consentimiento al igual que otras legislaciones, pero aún así nos da pautas para comprender que “es el acuerdo de voluntades expresado externamente con el ánimo de obligarse sobre un objeto lícito, que es fuente de obligaciones, ya que la simple intención no produce efectos en derecho”²¹

Entonces es el consentimiento la primera condición de existencia contractual, es la voluntad seria, libre y manifiesta de cada uno de los contratantes para obligarse con el otro en virtud del contrato. No hay contrato sin consentimiento, porque el contrato es producto de voluntad.

1.3.1.1. Vicios del Consentimiento:

Artículo 1508 C.C. “Los vicios que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.²²

1.3.1.1.1. El error: “Error significa incongruencia entre el pensamiento o el concepto y la realidad”²³

Esta divergencia entre lo que se cree por falta de información y la realidad ha dado origen a las dos clases de errores que se conocen; error de hecho y error de derecho.

El error de derecho es aquel que recae sobre un aspecto de derecho y se caracteriza por no viciar el consentimiento, como dice el “Artículo 1509: El error sobre un punto de derecho no vicia el

²⁰ Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial universidad. Buenos Aires, 1999. pág 290.

²¹ Salamanca, Hernan. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. 1979. págs 10 y11.

²² Código Civil y Legislación Complementaria. Legis, 2000.

consentimiento.”²⁴ y *El error de hecho* se refiere a determinadas circunstancias fácticas que se derivan de la manifestación externa de la voluntad y que como consecuencia vicia el consentimiento, tales como; error en la naturaleza del acto o negocio y en la identidad del objeto (Artículo 1510 C.C.), error en la calidad del objeto (Artículo 1511 C.C.), error en la persona (Artículo 512 C.C.). Estos errores acarrearán nulidad relativa del contrato.

Para comprender mejor este tipo de vicio de consentimiento, realizaré un esquema.

TABLA 1.1. Vicios de consentimiento – errores.-

ERROR DE HECHO	COMENTARIO	EJEMPLO
Sobre la naturaleza del acto o negocio	Los intereses o fines de las partes no convergen jurídicamente.	Una parte celebra una donación y la otra cree realizar una compraventa
Sobre la identidad del objeto	Cuando las partes confunden, la clase de objeto sobre el cual se realiza el contrato.	Una persona adquiere un conejo y la otra vende una liebre.
Sobre la calidad del objeto	Cuando las características del objeto son la razón determinante para celebrar el contrato	Se compra un juego de ollas de acero inoxidable y son de aluminio.
Sobre la persona con quién se contrata	Cuando se contrata con una persona, por sus conocimientos especiales o habilidades físicas o por sus aspectos morales.	Se contrata para un desfile de moda una modelo reconocida y en realidad se contrato un homónimo quién no es modelo.

²³ Salamanca, Hernan. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. 1979. pág 14.

1.3.1.1.2. La Fuerza: El código civil en el artículo 1513 lo consagra, pero la Corte por medio de su jurisprudencia ha aclarado este concepto así “La fuerza o violencia, en la órbita de los vicios de la voluntad, se suele definir como la injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico”²⁴, la consecuencia que genera este tipo de fuerza es la nulidad relativa del contrato suscrito.

Pese a lo anterior, en la sentencia reseñada también la Corte se pronuncia sobre los presupuestos requeridos para que se invalide el acto celebrado por esta causa, y consiste en ponderar “la intensidad del acto violento y la repercusión de éste en el ánimo de la víctima. El criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si estos son aptos para producir una impresión fuerte, un temor justo, para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a la edad, sexo y condición de la víctima. El segundo requisito para que la fuerza constituya vicio de voluntad debe consistir en la injusticia de los hechos constitutivos de aquélla, entendiéndose como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo”²⁴

1.3.1.1.3. Dolo: Sobre este vicio de consentimiento que recae en la voluntad de la persona que contrata, y que produce la nulidad relativa del acto celebrado, la doctrina ha dicho: “el dolo se presenta como una conducta ilícita de uno de los contratantes orientada a inducir en error al otro a fin de que concluya un negocio jurídico. Los medios empleados para esa inducción en error pueden ser uno de estos: la maniobra, el engaño, el artificio, la mentira, la reticencia”²⁵

Pero, la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado las clases de dolo que se presentan en el artículo 1515 del Código Civil que consagra el dolo como vicio de consentimiento, afirmando “Así en este punto nuestra legislación civil consagra la distinción clásica entre el dolo principal o determinante que es el que induce a la celebración misma del acto o contrato y el dolo incidental que no tienen

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 15/1969.

²⁵ Tamayo Lombana, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá 1990. pág 170.

esa virtualidad compulsiva, sino que sólo influye en las condiciones de un negocio que la víctima ya estaba dispuesta a concluir”²⁶

1.3.2. La capacidad

“Es la capacidad, la facultad que protege la autonomía de la voluntad privada de las personas para crear actos jurídicos”²⁷

Nuestro Código Civil, consagra la capacidad legal como una presunción de derecho, hasta que esta ausencia no sea declarada por ministerio de la ley, “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”²⁸ según el artículo 1503, entonces el legislador faculta a todas las personas para realizar actos jurídicos válidos y eficaces en virtud de esta capacidad de discernimiento para obligarse por sí mismo, salvo que la misma ley declare judicialmente lo contrario respecto a una persona en particular. En caso de falencia de este requisito, la nulidad puede ser relativa o absoluta dependiendo del grado de incapacidad de la persona para autoderminarse.

La capacidad ha sido dividida por algunos doctrinantes como Ospina Fernández, Salamanca, Ospina Acosta, en capacidad de goce y capacidad legal. Al respecto algunos tratadistas señalan “la capacidad de goce, o sea la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es una propiedad esencial de todas las personas”²⁹ otros expresan “es la que se acredita a una persona para tener derechos dentro de su patrimonio. Entre nosotros por el hecho de ser persona, se tiene capacidad de goce”³⁰.

Así pues, a mi juicio, de los conceptos relacionados con antelación, puede deducirse que la capacidad de goce, es una calidad inherente a la persona, desde el momento que nace a la vida jurídica, permitiéndole gozar sus derechos.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 15/1970.

²⁷ Biagio, Brugi. Insituciones de Derecho Civil. Volumen 4. Oxford University Press. pág. 193.

²⁸ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis 2000. Artículo 1503.

²⁹ Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos. Temis. 1987. pág 88.

Por otra parte, la capacidad legal mencionada inicialmente en el análisis del artículo 1503, es aquella que "... consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra"²⁹, esta definición hace referencia a la capacidad en materia contractual, "consiste en la aptitud para ejecutar actos jurídicos"³⁰.

Según esta clasificación para poder realizar actos jurídicos válidos y con eficacia legal, la persona debe tener la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas y además debe estar facultada para actuar válidamente en derecho.

En relación a la incapacidad, la ley discierne entre los incapaces absolutos y relativos de la siguiente forma, "Art. 1504: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen obligaciones naturales y no admiten caución"³¹. El decreto 2820 de 1974 añade "Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallan bajo interdicción"³²

Con el fin de una aclaración más dinámica sobre este requisito de los contratos, planteo el siguiente esquema práctico.

TABLA 1.2. Incapacidades.-

CLASE DE INCAPACIDAD	COMENTARIO	CONSECUENCIA JURÍDICA
Incapacidad Absoluta: <ul style="list-style-type: none"> • Demencia • Impubertad • Sordomudo 	- "La prueba que forzosamente debe practicarse, necesaria y la única legalmente eficaz para demostrar la demencia es el dictamen pericial." ³³ - El impúber es el varón entre 7 y 14 años y la mujer entre 7 y 12 años.	Nulidad Absoluta

³⁰ Salamanca, Hernan. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. 1979. pág 24.

³¹ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis 2000.

³² Decreto 2820 de 1974. Artículo 60.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 25/1976.

	- El sordomudo debe ser incapaz de darse a entender por escrito.	
Incapacidad Relativa: <ul style="list-style-type: none"> • Minoría Adulta • Disipación 	- Son menores adultos, los impúberes; varón entre 14 a 18 años y mujer de 12 a 18 años. - “El disipador es una persona con una pasión inmoderada e incontrolada por el juego, la embriaguez, los litigios, etc, que opera consciente y voluntariamente, pero con sus actos lesiona gravemente su patrimonio” ³⁴	Nulidad Relativa

1.3.3. Objeto Lícito

El artículo 1527 del Código Civil consagra que “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer”³⁵.

Teniendo en cuenta esta definición, entendemos que el objeto del contrato es la carga de las partes respecto a la función y deber que es su obligación cumplir dentro de la relación contractual. Sobre este requisito se dijo en el derecho romano “el contrato es formado por el acuerdo de personas capaces, que para ser válido debe tener un objeto que pueda crear una o varias obligaciones y contenga ciertos caracteres como ser posible, lícito, determinable en dinero y determinado”³⁶. Así que nuestros tratadistas se han inspirado en el Derecho Romano para decir “ para que se configure un acto jurídico es necesario entre otras cosas, que el agente o agentes persigan un objetivo jurídico, cual es la creación, modificación o extinción de relaciones de tal índole”³⁷, además los

³⁴ Gómez Piedrahita, Hernán. Derecho de familia. Editorial Temis. Bogotá. Pág 354.

³⁵ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis 2000

³⁶ Eugene, Petit. Tratado elemental de Derecho Romano. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1999. págs 295, 296 y 279.

³⁷ Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos. Temis. 1987. pág 246, 247

tratadistas, Ospina Acosta y Ospina Fernández, exponen: “queda declarado que el requisito de tener todo acto jurídico un objeto lícito consiste, según el artículo 1517 del C.C., en que las prestaciones estipuladas por las partes sean lícitas y así tales prestaciones influyen en la formación y validez del acto.

Como se ha podido observar, más que una definición, el código civil nos aporta las formas que puede revestir el objeto como requisito de validez del negocio jurídico, Por eso, la doctrina para facilitar el análisis de los contratos y suplir los vacíos, nos ha aportado una formula para determinar este objeto, que consiste en preguntar ¿qué es lo que se debe?, al responder este interrogante, sabemos a que se han comprometido las partes en el negocio.

Hernán Salamanca en su obra dice: “El objeto propiamente dicho no es el del contrato, sino el de la obligación, porque el objeto del contrato es la obligación y esta es la que tiene objeto. Hay una fórmula trivial para descubrir el objeto y es la respuesta a la pregunta: ¿Qué se debe?”³⁸

El Objeto debe detentar ciertas características, para que sea válido y la relación contractual surta efectos naciendo a la vida jurídica, así que a través de este cuadro lo explicaré;

TABLA 1.3. Características del objeto.-

“CARACTERISTICA	CONCEPTO	EJEMPLO
Debe ser real y posible	“El acto jurídico nace, si existe real o potencialmente sus prestaciones y cosas a las que se refiere, bien sea actualmente o que se den en el futuro, sin perjuicio de que la eficacia del acto se paralice	Se contrata a un médico neurocirujano para que extraiga los malos pensamientos, del delincuente. El objeto de este contrato no

³⁸ Salamanca, Hernán. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. 1979. pág 28.

	hasta la existencia real y actual futura ³⁹ Esto genera Inexistencia del contrato.	es real ni posible. Así que es inexistente.
Debe ser determinado	“La prestación que es materia de un acto jurídico debe ser suficientemente clara para que cada agente sepa exactamente sus derechos y obligaciones. En los actos relativos a entrega de cuerpos ciertos, estos deben ser individualizados y cosas de genero se determina en cuanto a su especie” ³⁹ Su consecuencia es la Nulidad Absoluta.	- El jugador de tenis ganador del USA open, adquiere la raqueta Wilson de referencia 452-8 (cuerpo cierto). - Marcos renta un instrumento musical de cuerda. (género). - El almacén de zapatos tenis, hace un pedido de 20 pares de zapatos, así: 10 negros, 5 blancos y 5 azules
Debe ser física y moralmente posible	Esto quiere decir que no contravenga el orden público, el conjunto de normas que protegen las instituciones, las personas y los bienes del estado. Debe no ser prohibido por la ley. Produce Nulidad Absoluta.	- Lucia le vende a Martha su apellido por \$3.000. - Carlos alquila el Senado de la República, para realizar la fiesta de 15 años de su hija Patricia.

1.3.4. La Causa

El artículo 1524 del Código Civil dispone lo siguiente: “ No puede haber obligación sin una causa real o lícita; pero es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”⁴⁰

³⁹ Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos. Temis. 1987. pág 248, 249.

⁴⁰ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis 2000

La causa ha sido desarrollada por diferentes teorías de los doctrinantes, mencionaré unas al respecto

Colin y Capitant enuncia “Siempre que una persona se obliga, lo hace en vista de un fin inmediato y directo que la determina que hacer o nacer la obligación es este fin lo que llama causa, basta con preguntarse ¿Cuál promesa? ¿Por qué se ha obligado el deudor? ¿Qué fin directo e inmediato le ha determinado contraer su obligación? La respuesta revelará cuál ha sido la causa de dicha obligación”⁴¹

Considero que este causalista, introduce el concepto (de la causa) como fin perseguido, como el objetivo propuesto por los contratantes, lo que origina el contrato entre los mismos. Nuestro código nos habla de una causa real y lícita que alberga el motivo que induce a los sujetos de derecho a contratar, es decir, nuestro ordenamiento difiere de esta teoría, pues el causalismo se basa en el fin que se persigue para determinar la causa, es decir, a partir de la materialización de la consecuencia que originó el contrato se puede determinar la causa, mientras que nuestro código nos menciona un móvil a priori a la celebración, el cuál debe ser real y permitido por la ley y las buenas costumbres.

La teoría anticausalista, a través de Marcel Planiol y Ripert dice “La inexactitud de la teoría de la causa conduce a darle mayor relevancia al objeto si es creación de las partes a través del contrato, ya que en todos los casos en que falta la causa o esta es ilícita, el acto es ya inexistente o nulo por otra razón, por no tener objeto o por tener un objeto ilícito o inmoral”⁴²

Se observa entonces, que nuestro código civil, aparentemente aceptó esta teoría en cuanto entendemos por causa, el motivo que induce al acto o contrato y la causa ilícita es la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público en general. Además nuestra legislación dice que no es obligatorio, ni necesario que los intervinientes en el acto expresen la causa, así que esta aunque no deja de ser requisito del contrato, pierde un poco de importancia, armonizando de

⁴¹ Cours Élémentaire de droit civil français. Tomo II. Paris, 1938. pág 57.

alguna manera con la teoría anticausalista, pues enfoca su atención en el objeto del contrato como su ser real, más no en la eventual finalidad que se persigue con el mismo.

El código civil colombiano, enuncia dos ejemplos claros de causa ilícita: “Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”⁴³ estos casos generan como consecuencia jurídica la nulidad absoluta del contrato.

1.4. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

El autor ARTURO VALENCIA ZEA, una vez analizadas las diversas clasificaciones existentes en materia contractual, expone lo siguiente:

“... por nuestra parte los clasificamos en los siguientes grandes grupos:

Contratos cuyo contenido preponderante tiene por finalidad transmitir o constituir derechos reales sobre las cosas; estos son contratos de enajenación;

Contratos de transmisión o cesión de créditos, derechos gerenciales y derechos sobre objetos inmateriales (derechos de autor y derechos industriales) ; estos también son contratos de enajenación;

Contratos de prestación de servicios. De diferentes maneras una persona puede prestar servicios a otra, ya sea con sus propias energías, ya sea con cosas de su propiedad y en general con cualquier derecho patrimonial, ya sea con su patrimonio;

Contratos dirigidos a la definición de una controversia jurídica;

Contratos aleatorios.”⁴⁴

⁴² Marcel Planiot y Riplet. *Traité Elementaire de droit Civil*. 11° Edición. Paris 1928.

⁴³ Código Civil y Legislación Complementaria. Artículo 1524. Legis 2000

⁴⁴ Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. Contratos*. Editorial Temis. Bogotá. 1.961. Pág.1 y 2.

El autor referido entonces, haciendo la anterior categorización de los contratos, señala que los primeros, de enajenación, suelen distinguirse en dos: los que recaen sobre derechos reales, y en segundo lugar, los que recaen sobre las demás clases de derechos patrimoniales.

En esta primera categoría, distinguimos entonces aquellos a título oneroso, de los gratuitos.

En lo que hace alusión a los contratos de prestación de servicios, dice el autor que se contraponen a los anteriores, toda vez que suponen una mera prestación de servicios que no traslada ni cede derecho alguno. Aquí, encontramos contratos de tres tipos:

Los de uso y disfrute como por ejemplo el arrendamiento, comodato y anticresis.

Los de custodia como el depósito.

Los de transporte y transformación de cosas y

El de mandato y la gestión de negocios ajenos.

De acuerdo con lo expuesto por el autor inicialmente consultado, se tiene que existen también contratos de naturaleza simple y otros de esencia compleja o mixta. Estos últimos no son más que combinaciones de diferentes tipos de contratos, que dicho sea de paso, adelantándonos un poco al tema a tratar con posterioridad, sería el caso del contrato de leasing habitacional que lejos de evidenciarse como un negocio jurídico de naturaleza simple, compone e incluye características innatas de otros tipos contractuales como es la compraventa y el arrendamiento, especialmente referidos para el caso de inmuebles para vivienda.

Pese a esta primera clasificación, bastante general a nuestro juicio, expuesta por el profesor Valencia Zea, encontramos que para lograr los objetivos del estudio y categorizar más especialmente las diversas tipologías contractuales, es menester acudir a otro tipo de sistematización de tales convenios. Así, encontramos lo expuesto por el autor HERNAN

SALAMANCA,⁴⁵ quien clasifica los contratos de la siguiente manera, que resumiremos a modo gráfico:

TABLA 1.4. Clasificación de los contratos.-

CRITERIO	CONTRATO	CONCEPTO	EJEMPLO
"NUMERO DE PERSONAS OBLIGADAS	Unilateral	Cuando una de las partes se obliga para con la otra, sin que esta a su vez se obligue.	Mutuo Comodato.
	Bilateral	Cuando los contratantes contraen mutuas obligaciones.	Compraventa, Transacción.
PRECIO O UTILIDAD	Gratuito o de beneficencia	Cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes sufriendo la otra un gravamen. En general son unilaterales.	Donación
	Oneroso	Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En general son bilaterales. Se dividen en : <ul style="list-style-type: none"> • Conmutativos. (Obligaciones equivalentes). • Aleatorios (Equivalencia incierta de ganancia o pérdida. Juegos, apuestas). 	Compraventa.
SUBSISTENCIA	Principal	Cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.	Arrendamiento
	Accesorio	Cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede existir sin ella.	Hipoteca
PERFECCIONAMIENTO	Real	Cuando se perfecciona con la tradición o entrega de la cosa.	Compraventa de bien mueble.
	Solemne	Está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil.	Compraventa de bienes raíces.

⁴⁵ Salamanca, Hernán. Derecho Civil. Contratos. Universidad Externado de Colombia. 1.979. Pag. 5-10

	Consensual	Se perfecciona con el solo consentimiento.	Mutuo
DEFINICION LEGAL	Nominado	A los cuales la ley da nombre según el acto que se realice con ellos.	Arrendamiento
	Innominado	Aquellos que la ley no define.	
INTERVENCION DE UNA O MAS VOLUNTADES	Individual	Forma real del consentimiento producto del acuerdo de voluntades de los contratantes.	Contrato individual de trabajo.
	Colectivo	Puede haber individuos que sin haber participado en la celebración del contrato, se verán obligados a cumplir sus estipulaciones. Una parte generalmente está compuesta por varias personas y la otra, por una sola.	Contrato colectivo de trabajo.
TIEMPO DE EJECUCION	De ejecución instantánea	Son susceptibles de cumplimiento total e inmediato de cada una de las obligaciones.	Compraventa.
	De tracto sucesivo	Su ejecución se ve continuada durante el tiempo	Arrendamiento.
LIBERTAD DE ESTIPULACION	De libre discusión	Aquellos en los que las partes discuten libremente las condiciones del contrato.	
	De adhesión	Una de las partes impone las condiciones, la otra tiene que aceptarlas sin discusión.	

De acuerdo con las anteriores clasificaciones expuestas por el Profesor Salamanca, a mi juicio, es más completa y general tal sistematización, por medio de la cual se obtiene una mayor y más global idea sobre cada una de las tipologías contractuales.

Superado entonces el escollo conceptual y jurídico que determina la existencia de un contrato como un negocio jurídico en el cual intervienen elementos de trascendental importancia como el consentimiento, expresión máxima de autonomía y voluntad del ciudadano, la capacidad, el objeto y la causa; todas las anteriores clases de contratos, como es obvio, se incluyen en tal concepto; sin embargo, estimo de suma importancia atender a la clasificación de los diversos tipos de contratos, por cuanto de esta manera la vía metodológica será más expedita cuando de efectuar análisis jurídico se trate, respecto a un contrato en particular. Esto, en tanto que cada tipología contractual, guarda estrechas y particularísimas características que sin lugar a dudas lo distinguen de otro y

además de ello, lo que es más importante aún, determinan en alto grado, las consecuencias que de tal contrato se deriven, así como su tratamiento legal.

1.5. IMPORTANCIA DEL CONTRATO

La importancia de la existencia legal de los contratos como acuerdos de voluntades, básicamente, radica en que a través de su estipulación normativa, es sistematizada una suerte de circunstancias que podrían preverse o no, pero que logran ser aglomeradas en el ordenamiento jurídico, a fin de solventar las diferencias conceptuales, de entendimiento o que en la práctica que se susciten entre las partes.

Es indiscutible tomar en consideración que la vida diaria de los ciudadanos, se encuentra rodeada de manifestaciones de su voluntad, de acuerdos con sus conciudadanos, de adquisición y venta de bienes, de transacciones comerciales, laborales, etc., razón por la que la existencia del contrato proviene de la propia realidad del ser humano, fuente principal de la ciencia del derecho.

El ordenamiento jurídico y la ciencia del derecho en general, han pretendido entonces, recoger todas aquellas circunstancias vistas desde la experiencia, que pueden ser reguladas y organizadas con el único fin de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, tal como lo ordena nuestra Constitución Nacional.

El contrato es a mi juicio, el instituto jurídico más importante, toda vez que de allí han de derivarse innumerables fenómenos jurídicos de innegable trascendencia para el ser humano y para la vida en sociedad en general. Esto, por cuanto tal como acontece normalmente, el contrato se “moderniza”, tal como evoluciona la sociedad. El hecho de que ahora sea posible realizar un contrato sin que se requiera la presencia física de los contratantes, lejos de ser un “avance jurídico” responde

simplemente a la necesaria armonía que ha de existir entre la ciencia del derecho y la realidad social.

CAPITULO II.

2. DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES Y DEL LEASING EN GENERAL.

2.1. DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES PARA VIVIENDA URBANA.

Históricamente, fue la permuta el primer contrato existente; dar una cosa por otra, debido a que el intercambio no era susceptible de efectuarse bajo un valor monetario, sino hasta la aparición de la moneda. A partir de este elemento de valor, el dinero, le abrió paso a la compraventa⁴⁶.

Posteriormente, en razón al valor monetario, se dieron paso un sinnúmero de actos jurídicos de compra-venta como resultado de las propias necesidades del hombre, que resaltaron indudablemente este tipo de contrato, como uno de los más utilizados para realizar el intercambio de bienes de cualquier naturaleza. En nuestros días, en forma continua y constante, en gran y pequeña escala, este es un negocio jurídico de permanente ocurrencia en el entorno ontológico y jurídico.

Nuestra sociedad moderna capitalista, ha sido caracterizada en nuestros tiempos, por ser de consumo, debido a que diariamente encontramos mayor cantidad y clases de bienes y servicios para el público en general. Pero este tipo de venta regular y cotidiana, ha trascendido a un nivel

internacional cada vez más influyente e indiscutiblemente importante en el desarrollo de los Estados, a través de las exportaciones (venta de productos a otros países), y las importaciones (compra de productos de diferentes países).

En la época moderna también es indiscutible resaltar que con el auge de nuevos elementos tecnológicos de comunicación, como la internet y la indiscutible necesidad de la ciencia del derecho de adecuarse a ellos, se verifica con más frecuencia el número de transacciones realizadas a través de este medio, que pese a sus avances, no deja de ser un simple contrato de compraventa, que dicho sea de paso, debe atender especiales connotaciones que le implica la era contemporánea.

En términos jurídicos generales, tal como lo describen el doctor Guillermo Ochoa “la compraventa es un contrato por el cual una de las partes se obliga a transmitir un derecho patrimonial y la otra se obliga a transmitir, como contraprestación, una suma de dinero”⁴⁷, este concepto al aplicarlo para la compraventa de bienes inmuebles, tema especial de mi investigación, contemplo que el derecho patrimonial que se transmite es el derecho real de dominio sobre el bien inmueble y la contraprestación sería el precio equivalente al bien inmueble y adicionalmente, como requisito indispensable el registro de la propiedad raíz.

Para que se perfeccione la compraventa de inmuebles, además de existir la intención libre de transferir la propiedad por parte del vendedor y la voluntad libre de adquirir la propiedad del bien inmueble por parte del comprador, para nuestra legislación es necesario que el vendedor entregue la cosa vendida, realizando la inscripción del título en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos en concordancia con la obligación del comprador de pagar el precio en su totalidad. Si no se cumple con este requisito de inscripción, el dominio no se ha podido transferir y por lo tanto la obligación de dar la cosa, por parte del vendedor, no se habrá llevado a cabo, así el comprador habite en el bien inmueble, pues en esta situación el comprador será mero poseedor legítimo y no propietario.

⁴⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Edición Librería del Profesional. Bogotá, 1984. Pág 9.

⁴⁷ Ochoa González, Guillermo. Contratos Nominados Civiles. Señal Editorial. Medellín, 1988. pág.15.

Ahora bien, es necesario analizar el contrato de compraventa de bienes inmuebles, enfocando mi investigación en ciertos aspectos determinados, para posteriormente, realizar en base a estos criterios, el estudio del leasing habitacional, como objetivo de mi trabajo de grado. Esto, por cuanto a través de este importante análisis, se pretende observar las particularidades del contrato de leasing habitacional que lo hacen semejante a este tipo de contrato de compraventa y arrendamiento, para con posterioridad, efectuar un estudio más preciso de aquellos puntos en los que se deslinda para convertirse en una tipología contractual autónoma.

2.1.1. Concepto:

La doctrina ha desarrollado el concepto de compraventa desde muchos aspectos y la ha definido en innumerables ocasiones. A continuación presentaré algunas definiciones desarrolladas por reconocidos tratadistas del derecho.

Haciendo referencia a la compraventa, Ripert y Planiot dicen: “ es un contrato por el cual una persona que se denomina vendedor, se obliga a transmitir a otra la propiedad de una cosa, mientras que esa otra, que es el comprador, se obliga a pagar su valor en dinero”⁴⁸. Considero que esta noción de compraventa, hace referencia simplemente a las obligaciones que asumen las partes, que los tratadistas definen claramente, pasando por alto, la consensualidad del contrato, característica básica en este negocio jurídico, sin acuerdo de las partes no nacen las obligaciones a la vida jurídica, pero esta clase de definiciones han sido expresadas igualmente por Colin Capitant y Josserand.

“Contrato en virtud del cuál una de las partes, el vendedor se obliga a transferir y garantizar al comprador una propiedad corporal o incorporal mediante un precio en dinero que este se obliga a

⁴⁸ Planiot, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Librairie générale de droit et de Jurisprudence. Tomo II. París. Pág 455. Ripert, Georges – Boulanguer Jean. *Tratado de Derecho civil según el Tratado de Pothier, Contratos*. Traducido por D. García. Daireaux. Buenos Aires. Pág 18.

pagar”⁴⁹ Josserand, advierte en su concepto, que la compraventa puede recaer sobre, bienes corporales e incorporales, distinción que no hacen otros tratadistas, pero también aclara diciendo “La vente est une convention par laquelle l’un s’oblige a livrer une chose, l’autre a la payer”⁴, lo cuál traduce; “ la venta es una convención en cuál uno se obliga a entregar una cosa y la otra a pagarla”. Así que Louis Josserand, no sólo distingue en el objeto que va a ser transferido, sino también habla de la convención, término que estudiamos en el capítulo primero de nuestra investigación e hicimos referencia a la distinción que hizo la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Teniendo en cuenta, los aspectos mencionados sobre la definición de Josserand , este concepto no es concordante a nuestra legislación, pues si bien es cierto la convención es un acuerdo de voluntades característica de la compraventa que tiene como consecuencia generar obligaciones entre las partes, en cambio que la convención suele extinguir o modificar obligaciones ya creadas, en cambio que el contrato crea obligaciones para las partes.

Colin y Capitant, hace una definición de la compraventa, incluyendo nuevos elementos, dice: “Contrato por el cual una persona llamada vendedor se obliga a transferir y garantizar al comprador una propiedad corporal o incorporal, mediante un precio en dinero que este se obliga a pagarle”⁵⁰. Estos tratadistas, hacen mención a un concepto más determinado a lo que conocemos en nuestra legislación como compraventa, pues afirman que es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades de las partes; comprador y vendedor, sobre unas obligaciones específicas que nacen para cada uno. El primero a través del precio en dinero se obliga a pagar al vendedor, y el segundo se obliga a transferir y garantizar la propiedad del bien, que igualmente distingue la posibilidad de que sea corporal o incorporal. Esta definición es mucho más acertada a mi modo de ver, en nuestro ordenamiento, pues denota unas características básicas que nuestro legislador le otorgo en el Código Civil, dice al respecto: “ Artículo 1849. “La compraventa es un contrato en que una de las

⁴⁹ Josseraud, Lois. Derecho Civil. Traducido por Scunchillos Manterota. Ejea-Bosh, Tomo II. Vol II. Barcelona, 1951. pág3 .

⁵⁰ Colin, Ambroise – Capitant, Henri. Course élémentaire de droit civil francais. Dalloz, Tomo II, 10 Edición. Pa´ris, 1948. pág 547.

partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”⁵¹

Si bien es cierto, nuestro Código civil, tampoco hace distinción en cuanto a la clase de bienes que se pueden enajenar, ni tampoco menciona el deber de transferir el dominio por parte del vendedor al comprador, estos elementos han sido desarrollados en jurisprudencia y por doctrinantes nacionales, como el Doctor Gómez Estrada así: “La compraventa requiere esencialmente un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, cada una de las cuales puede estar constituida por una sola o por varias personas. Este acuerdo de voluntades versa sobre dos prestaciones: el vendedor tiene la obligación de dar a la otra una cosa (corporal o incorporal), y el comprador la obligación de pagar en dinero el valor de la cosa que recibe, es decir, el precio de esta”⁵²

Esta precisión del Doctor Gómez Estrada, es para mi estimación la más concordante a lo que nuestro legislador ha querido decir sobre la compraventa, es así que a partir de esta noción, podemos asentir, que es un modo de adquirir derechos sobre bienes corporales o incorporales, igualmente que es un contrato consensual, oneroso y bilateral, en el cuál se distingue un comprador y un vendedor, que contraen voluntariamente obligaciones recíprocas, donde una se obliga a transferir el dominio de un bien y la otra a pagar un precio equivalente a ese bien.

Pues bien, habiendo determinado el concepto general de compraventa, es prudente agregar a la definición ciertos elementos especiales, cuando la compraventa es de bienes inmuebles para vivienda urbana, el cual es el tema de mi investigación.

Para iniciar este proceso, hay que incluir en el artículo 1857 del Código “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes. La

⁵¹ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁵² Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1996. pág 3. La aclaración en paréntesis ha sido añadida, a la definición original.

venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Por regla general el contrato de compraventa es consensual, pero en virtud de este artículo, excepcionalmente es solemne, como en la venta de bienes raíces o bienes inmuebles, pues es obligación el otorgamiento de la escritura pública debidamente registrada, para que se entienda perfeccionado el contrato de compraventa de bienes inmuebles para vivienda urbana. En virtud de este registro, el contrato nace a la vida jurídica por la formalidad legal exigida. Pues solo el acreedor del bien adquiere el dominio del inmueble por medio del otorgamiento de la escritura y el registro del título en la oficina de instrumentos públicos.

Con las anteriores aclaraciones, podemos concluir que la compraventa de bienes inmuebles es un contrato en el cuál, el vendedor se obliga a transferir el dominio de un bien raíz, entregando el bien para su uso, habitación y goce, otorgando escritura pública y registrando la misma ante autoridad competente. Mientras que la otra parte, llamada comprador se obliga a pagar el precio bien sea, en dinero o en dinero y en especie (siempre que el bien dado como parte de pago no sea superior a el dinero que se ha entregado, como la principal parte de pago), por el bien que adquiere.

2.1.2. Finalidad:

- Transferir la propiedad del bien inmueble o el derecho real, para su uso, goce y disposición
- Recibir el precio, animo de lucro

Así las cosas, a mi juicio y de esta manera sencilla, considero que la principal finalidad y propósito del contrato de compraventa, visto desde la perspectiva de las dos partes intervinientes, es la transferencia del derecho de propiedad sobre un bien, para alguien que tiene la seria intención de adquirirla, voluntad que es perfeccionada, a través de la entrega de un precio previamente convenido.

2.1.3. Regulación Legal:

- Código Civil, Libro Cuarto: De las obligaciones en general y de los contratos. Título XXIII de la Compraventa.
- Código de Comercio, Libro tercero: De los bienes mercantiles. Título II de la compraventa y permuta.
- Normas de Procedimiento Civil Colombiano.
- Leyes especiales:
 - Ley 39 de 1918, por el cual se reforma la Ley 2 de 1886 y el artículo 81 de la ley 53 de 1887, y permite la adquisición de edificios para las delegaciones extranjeras en territorio colombiano.
 - Ley 45 de 1930, por el cual regula efectos de la cláusula de venta con reserva de dominio
 - Decreto 960 de 1970, por el cual regula las costas de la escritura de venta.
 - Ley 16 de 1985, por el cual se dictan normas sobre interrelación de registro catastro y se técnica y reorganiza administrativamente el registro de instrumentos públicos y modificó la ley 182 de 1948 sobre la propiedad horizontal.
 - Decreto 1365 de 1986, por el cual se reglamentan las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985 sobre propiedad horizontal
 - Decreto 1233 de 1987, por el cual se dictan unas disposiciones sobre derechos notariales y de registro de instrumentos públicos
 - Ley 9 de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.
 - Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones.

2.2. LAS PARTES Y SUS OBLIGACIONES.

El contrato de compraventa de bienes inmuebles, al ser un contrato bilateral, genera automáticamente obligaciones con sus correlativos derechos, para cada una de las partes que intervienen. Unas obligaciones son esenciales al contrato; para el vendedor: entregar y transmitir el dominio del bien saneado y para el comprador: pagar el precio convenido y recibir el bien. También

existen otras obligaciones según la naturaleza del contrato, por la relación de intercambio como consecuencia de la causa económica y jurídica contraída.

El tratadista Valencia Zea, hace referencia al fin perseguido por las partes que intervienen en el negocio jurídico, para que a partir de este, se comprenda la obligación que carga el vendedor y el comprador; así que en virtud de considerarse la compraventa como el más importante acto traslativo de dominio entre vivos, “no cabe duda que el fin principal que persigue todo comprador es el de adquirir la propiedad sobre la cosa comprada, y que todo vendedor pretende desprenderse de ese derecho”⁵³. Entonces al determinar el fin perseguido o la intención de las partes al contraer este acto, podremos estudiar las obligaciones que deben cumplir tanto el vendedor y comprador para que la voluntad de las partes tanto la causa se materialice en el contrato de venta de inmuebles para vivienda urbana.

Para poder estudiar cada obligación que surge de la compraventa, es pertinente hacer la distinción entre quienes participan, que son denominados; comprador y vendedor; el primero es quien desea adquirir la propiedad del bien pagando un precio a el vendedor y el segundo es quien entrega el bien, con todos sus derechos al comprador a cambio de un precio.

2.2.1. Obligaciones del Vendedor:

“Nuestro Código Civil regula la compraventa como fuente de obligaciones. Vendedor y Comprador se vinculan bajo los efectos de un título que como tal, genera obligaciones”⁵⁴.

De esta manera, en virtud del artículo 1880 del C.C., las obligaciones del vendedor se concretizan en dos: la entrega o tradición del bien y el saneamiento de la cosa que se ha vendido.

⁵³ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo IV Contratos. Temis. Bogota 1961. pág 41.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de diciembre 15 de 1973. Sala Civil

2.2.1.1. Obligación de Entregar: Es esta la principal obligación del vendedor, la entrega o tradición del bien; consiste en “dar”, la cual según la Corte Suprema de Justicia en sentencia explica: “dar, implica a su vez dos siguientes obligaciones: conservar la cosa hasta la entrega y ponerla a disposición del comprador jurídica y materialmente. De aquella surge la obligación de responder por los hechos que le sean imputables y que hayan causado la pérdida o deterioro de la cosa y de la segunda se derivan las obligaciones de hacer la tradición (entrega jurídica) y de poner materialmente la cosa a disposición del comprador (entrega material) en el tiempo y lugar convenidos; y además las de pagar los gastos que fueren necesarios el efecto y la entrega con sus frutos y accesorios”⁹.

Pero, ante esta explicación de la Suprema Corte, es interesante recapitular la obligación de dar o entregar el bien, cuando es inmueble, debido a que la entrega supone; “la tradición que es un fenómeno jurídico mediante el cual se transmite el derecho vendido y la entrega es un hecho material que otorga la posesión del bien”⁵⁵. Estos dos supuestos necesarios, en virtud a la teoría del título y modo; en el cuál “el contrato es título ya que genera obligaciones para los contratantes y la tradición es el modo”⁵⁶.

Cómo resultado de la influencia de esta teoría, en el caso de inmuebles “la obligación de entregar se desdobra en dos actos: mediante un primer acto, que es el registro de la escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de este modo se cumple la tradición del derecho mismo; pero como esa mera tradición, que podría llamar legal, no coloca al comprador en condiciones de entrar a disfrutar directamente de la cosa comprada, es necesario otro acto que consiste en la entrega material y efectiva de la cosa por el vendedor al comprador, en forma que éste la aprehenda realmente y entre a ejercer sobre ella todos los derechos que le corresponden”⁵⁷. Sobre este particular la Corte ha dicho que “quién pacta con otro para adquirir un inmueble, lo hace para tener la

⁵⁵ Ochoa González, Guillermo, Contratos nominados civiles. Señal Editora. Medellín 1988. pág 35.

⁵⁶ Bonivento Fernández, Jpsé Alejandro. Los principales contratos civiles. Décima quita Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2002. pág 107.

⁵⁷ Leal Perez, Hildebrando. Contrato de compraventa. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989. pág127

cosa misma y poder usarla, gozarla y disfrutarla, pues es esta la finalidad de la adquisición, es este precisamente el motivo y fundamento económico que mueve la voluntad de quien paga un precio"⁵⁸

Para concluir, considero que es inminente comprender que la tradición conlleva dos supuestos: la inscripción y la entrega material, esta dualidad jurídica contamos con el contrato que es el título; y la tradición que es el modo, pero si bien es cierto, para cumplir la finalidad propuesta por las partes, se requiere la entrega por el vendedor en condiciones óptimas para que el comprador pueda gozar la propiedad del bien pacífica y tranquilamente, obteniendo de esta forma la utilidad que perseguía al celebrar el contrato.

Si el vendedor incumpliese con sus obligaciones, el artículo 1882 del C.C., le da la facultad y derecho al comprador de exigir el cumplimiento del contrato o desistir de este, con derecho a indemnización de perjuicios. En este caso, el comprador debió haber cancelado el valor del contrato o estar próximo a cancelarlo íntegramente en el plazo acordado.

Ante la presencia de esta obligación, hay autores como; Guillermo Ochoa, quienes afirman que " se ha creado la costumbre de que sea la persona directamente interesada en la tradición (comprador) quien se encarga de cumplir dicho trámite. El vendedor esta obligado a transmitir al comprador el derecho de propiedad sobre el inmueble, pero su obligación radica en facilitar la tradición, es decir, no crear situaciones que impidan o dificulten la obtención del registro"⁵⁹ A mi manera de analizar esta hipótesis que ofrece el doctor Ochoa, esta costumbre no tiene tal fuerza vinculante, pues en nuestra legislación sólo en situaciones de vacíos jurídicos o cuándo el legislador guarde silencio respecto a un asunto determinado, es dable que se rijan tal como la costumbre lo ha realizado, pues los actos repetitivos aceptados por un grupo social, tienen fuerza vinculante, pero sí existe una regulación especial frente a esta situación, no puede alegarse la costumbre como justificación ante el incumplimiento de una obligación clara y expresa que el Código le ha impuesto al vendedor; sin embargo, podemos decir que este anexo a la obligación principal descrito por Ochoa, tiene

⁵⁸ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. pág 60.

importancia toda vez que se hace exigible para quien vende que propenda por las adecuadas condiciones de la entrega, como también del uso del bien. Así, bajo esta puntual consideración, estimo que aparte de la principal obligación del vendedor, se erigen otras con igual importancia, toda vez que es preciso recordar, como ya antes se mencionó, que la entrega guarda dos implicaciones: una formal, a través del otorgamiento de la correspondiente escritura pública y la otra material.

Ahora bien, si es el comprador es quien no cumple el contrato, el vendedor puede ejercer el derecho de retención sobre el bien, en razón a que “está en peligro de perder el precio, por insolvencia sobreviviente del comprador, y lo autoriza para conservar el bien en su poder y no hacer entrega del bien hasta que el comprador no pague la totalidad del precio”⁶⁰ como lo consagra el artículo 1882 del C.C., este artículo plantea una hipótesis “la mengua considerable de fortuna del comprador”, entendiéndolo en su grado de solvencia económica que hace difícil cumplir con el pago del precio, esta hipótesis debe ser sobre bases serias y reales.

También existe la probabilidad que el bien se deteriore mientras se perfecciona el contrato y se hace la entrega del bien, pero este deterioro puede ser sin culpa del vendedor, tal como el caso en que “el comprador rehuya o rehúse por cualquier medio recibir la cosa vendida, esta es la mora del comprador, el vendedor debe conservar la cosa y generalmente responde hasta por culpa leve, pero ante esta situación especial, el vendedor responde en caso de dolo o culpa grave”⁶¹ Y el comprador debe además pagar al vendedor el valor del canon de arrendamiento correspondiente al lugar donde este guardada la cosa, así que el vendedor también tiene derechos frente a la falta de cumplimiento de las obligaciones esenciales y naturales del comprador.

2.2.1.2. Obligación de Saneamiento o Garantía: Esta obligación impuesta por el ordenamiento civil en el 1893, así “la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en

⁵⁹ Ochoa González, Guillermo, Contratos nominados civiles. Señal Editora. Medellín 1988. pág 34.

⁶⁰ Leal Perez, Hildebrando. Contrato de compraventa. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989. pág 130.

⁶¹ Leal Perez, Hildebrando. Contrato de compraventa. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989. pág 131.

el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de esta, llamados vicios redhibitorios⁶²

Esta obligación es típica del vendedor, hallándose responsable de garantizar al comprador la posesión legal, pacífica y útil de la cosa vendida es complementaria a la entrega y configurada como un supuesto legal, que se puede presentar como saneamiento por evicción, este se refiere a la necesidad de garantizar al comprador la posesión pacífica de la cosa y el saneamiento por vicios ocultos, buscando asegurar que la cosa estará en condiciones de servir para el uso al cual se le destinara.

Respecto a esta obligación del vendedor, presentaré un esquema sencillo, para aclarar los aspectos especiales de la evicción y los vicios redhibitorios.

TABLA 2.1. Obligación de Saneamiento ó Garantía.-

OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO O GARANTIA		
CRITERIO	EVICCIÓN	VICIOS REDHIBITORIOS
Requisitos	a) “Que el comprador sea privado del todo o parte de la cosa comprada b) Que esa privación tenga una causa anterior al contrato c) Que en principio, se origine en sentencia judicial ⁶³	a) “Que sean vicios ocultos o encubiertos y desconocidos por el comprador b) Que estos vicios sean preexistentes a la venta c) Han de ser vicios graves; que hacen a la cosa inservible para su uso normal o sirven imperfectamente ⁶⁴
Acciones	- Acción de defensa. (Denuncia en el pleito) - Acción de restitución del precio y de	- “Desistir del contrato. (Devolviendo la cosa al vendedor y recibiendo reembolso por los gastos y perjuicios causados)

⁶² Bonivento Fernández, Jpsé Alejandro. Los principales contratos civiles. Décima quita Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2002. pág 128.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil. Sentencia de diciembre 15/1973

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de marzo 25/1969.

	reparación de perjuicios.	- Acción “quanti minoris”, que consiste en solicitar una rebaja proporcional del precio, a juicio de los peritos o la resolución del contrato” ⁶⁵ . - La responsabilidad es agravada en caso de mala fe.
Fin	Proteger al comprador frente a actos de terceros que pretenden un mejor derecho respecto a la cosa vendida, con el propósito de garantizar al comprador la libre posesión y goce de la cosa vendida.	“Garantizar al comprador la posesión útil de la cosa, es decir que se halle en condiciones idóneas para el uso pactado en el contrato, o a el uso que habitualmente se le da”. ⁶⁶

2.2.1.2.1. Saneamiento por Evicción: Esta es una de las obligaciones del vendedor, consagrada en el artículo 1894 del Código Civil menciona que hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o parte de ella, por sentencia judicial. Valencia Zea dice “la evicción significa que alguien es despojado de la posesión de una cosa en virtud de una sentencia judicial”⁶⁷

Puede suceder que el derecho que se ha enajenado le pertenezca a un tercero distinto al vendedor, en todo o en parte, y este tercero pueda hacer valer sus derechos ante el comprador y a través de una sentencia judicial, se le reconozca el derecho que posee, “la evicción no consiste simplemente en el hecho de que el comprador sea privado del todo o parte de la cosa comprada por sentencia judicial (Artículo 1894 C.C.), Es necesario que se trate de una sentencia que reconozca que, al momento de la venta, existía sobre el bien un derecho de persona distinta del vendedor, con el consiguiente despojo al comprador vencido”⁶⁸

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 18/1999. Expediente 5103. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez

⁶⁶ Bonivento Fernández, Jpsé Alejandro. Los principales contratos civiles. Décima quita Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2002. pág 138, 149 y 150

⁶⁷ Valencia Zea, Arturo. . Derecho Civil. Editorial Temis, Tomo IV. Páa 61.

⁶⁸ Ochoa González, Guillermo, Contratos nominados civiles. Señal Editora. Medellín 1988. pág 36, 37.

La evicción es pues un hecho que produce y genera consecuencias jurídicas precisas; otorgando al comprador la facultad de reclamar el saneamiento e imponer al vendedor, la obligación de sanear, evitando despojo del bien y recibiendo indemnización por los perjuicios causados, en concordancia con sentencia de diciembre 15/1973, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil,

Por medio de los artículos 1904, 1909 y 1911 del nuestra legislación civil, la evicción es parcial cuando la magnitud del defecto preexistente en el bien era tal, que conocerla el comprador no hubiese celebrado el contrato, así que el comprador puede en estos casos optar por; pedir la resolución del contrato o el saneamiento parcial, conforme a la normas enunciada.

2.2.1.2.2. Saneamiento de Vicios Redhibitorios: “Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por lo vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios”⁶⁹ Artículo 1914 del Código Civil.

Es una garantía para el comprador de la posesión útil de la cosa, es decir que se halle en condiciones idóneas para el uso pactado en el contrato, o el uso que habitualmente se le da. Es a su vez una obligación del vendedor, que consiste en sanear la cosa vendida, respecto a los vicios ocultos o defectos de naturaleza intrínseca, llamados redhibitorios. Pues el comprador después de celebrado el contrato de compraventa, ve disminuida esta facultad de goce, donde puede rescindir la venta o que se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos.⁷⁰

Sin embargo, al existir una garantía objetiva en cabeza del comprador de la cosa viciosa, existe de igual forma la Teoría de la prestación de culpas, la cual exime al comprador de esta potestad, teniendo que asumir el riesgo de los vicios, cuando no ha podido ignorarlos sin negligencia grave, la cual en concordancia con el artículo 63 quiere decir; “aquel cuidado que aun las personas

⁶⁹ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁷⁰ Bonivento Fernández, Jpsé Alejandro. Los principales contratos civiles. Décima quita Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2002. pág 138, 149 y 150

negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios”⁷¹. Respecto a esta Teoría la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1968 dijo “En suma: lo oculto o no del vicio redhibitorio para el comprador es un nuestro sistema cuestión de hecho que el juzgador ha de apreciar directamente, pero siempre dentro de las pautas expresamente señaladas por la ley, a saber: la facilidad con que aquel pudiera conocer los vicios en razón de su profesión y oficio y el haber incurrido o no en la averiguación de los mismos en una negligencia tal que sea injustificable aun en las personas imprudentes y descuidadas. De esta suerte la asunción del riesgo de los vicios por el adquirente de una cosa queda reducida a casos verdaderamente excepcionales”⁷²

2.2.2. Obligaciones del Comprador

Artículo 1928 C.C. “La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido”⁷³, sin embargo hay tratadistas como Arturo Alessandri, César Gómez Estrada, Arturo Valencia Zea, Guillermo Ochoa, José Bonivento entre otros, que dicen que también es obligación del comprador ,recibir la cosa⁷⁴

El adquirente se obliga a pagar el precio convenido cómo lo hemos mencionado, pero alrededor de esta obligación, nacen otras en virtud a la naturaleza misma del negocio jurídico, igualmente la de recibir el bien que es correlativa a la obligación de entregar por el vendedor. Entonces, en esta categoría, ubicamos la obligación recibir la cosa en el lugar y el tiempo acordado, y en ausencia de este, en el lugar y tiempo que la ley a fijado para la entrega, y su incumplimiento acarrea indemnización al vendedor por los perjuicios causados en la mora.

⁷¹ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 15/1968.

⁷³ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁷⁴ Rodríguez Alessandri, Arturo. Derecho Civil, de los Contratos. Editorial Zamorano y Caperan, 1976. pág 130.. Gómez Estrada, Cesar. De los Principales Contratos Civiles. Temis. Tercera Edición. Bogotá, 1999. pág 101. Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Contratos. Temis. Bogotá, 1961. pág 79. Ochoa González, Guillermo. Contratos Nominados Civiles. Señal Editora. Medellín, 1988. pág 52. Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Decimo Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 149.

Pero la obligación fundamental del comprador reside en el pago del precio de la cosa vendida, es pues esta la causa inmediata del vendedor para realizar el contrato. Al disponer de una cosa de la que se pretende obtener un beneficio, y este se consolida, precisamente, mediante la satisfacción del precio. Si no hay precio no se puede hablar de compraventa. Es pues el pago del precio elemento esencial para la conformación del acto jurídico.

2.2.2.1. Pago del Precio: “El precio, es la causa inmediata para el vendedor. Al disponer de una cosa, pretende obtener un beneficio, y éste se consolida, precisamente mediante la satisfacción del precio. Si no hay precio no se puede hablar de compraventa.”⁷⁵ Esta obligación fundamental, nace en virtud a la obligación del vendedor de dar o transferir el bien inmueble para vivienda urbana, el cuál como lo enunciamos anteriormente, consta de dos momentos; otorgamiento de la Escritura Pública e inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Para un mejor estudio de esta obligación respecto a pagar el precio del bien, realizare un esquema:

TABLA 2.2. Obligaciones del comprador.-

CRITERIO	OBLIGACION DE PAGAR EL PRECIO DE LA VENTA
Requisito	a) Se debe hacer; en el lugar, tiempo convenido. Sí no se pacto, será en el lugar de entrega del bien. b) Este pago del precio, representa el carácter oneroso del contrato, pues tanto en tridente como el adquirente, desean un beneficio económico, el que puede efectuarse en moneda de curso legal,
Retener el pago	a) “Cuando exista turbación de la posesión b) Cuándo exista acción real, desconocida por el comprador, sobre la cosa.” ⁷⁶ Artículo 1929 Código Civil. “Así que cuando exista turbación de la posesión o cuando exista una acción real, desconocida por el comprador, sobre la cosa, éste puede, retener el pago del precio de la venta y depositar el precio judicialmente, para que no se constituya en mora.” ³¹

⁷⁵ . Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décimo Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 150.

⁷⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décimo Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 153.

Formas de Pago	<p>a) “El pago es de contado, cuando se cubre la totalidad del precio una vez perfeccionado el contrato.</p> <p>b) El pago a plazos, cuando se conviene en un término posterior para el pago del precio, este plazo debe estipularse expresamente en el contrato. Si el comprador se obliga a pagar a plazos no se coloca en mora hasta tanto no ocurra el vencimiento del termino pactado”³⁰</p>
Acciones	<p>El vendedor puede ejercer:</p> <p>a) El derecho de resolución del contrato, implícito en los contratos bilaterales (Art.1546, general), Art. 1930 “Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho a para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”⁷⁷. Efectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vendedor: - “Restitución de los frutos en su totalidad, sí no recibió parte del precio y proporcionalmente sí recibió parte del pago del precio. (Artículo 1932) - Indemnización de perjuicios causados (Art. 1882) - Devolver parte del precio recibido - Derecho a retener las arras y exigir doblarlas - Restitución del bien con salvedad a la protección de terceros de buena fe. Respecto a la venta de inmuebles, por ser solemne, hay publicidad, (registro publico), permitiendo que quién vaya adquirir el bien tenga conocimiento pleno sobre los derechos existentes”⁷⁸ “Sí la compraventa de inmueble ha sido realizada bajo condición resolutoria por falta de pago, esta debe consignarse en la escritura; sólo en estas condiciones podrá producir efectos al tercero adquirente. - Ejercer o resolver el contrato por falta de pago, en virtud al pacto comisorio (Artículos 1546, 1930 del C. C.) <p>* Terceros: El artículo 1933 del C.C., “la resolución por no haberse pagado el precio, no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, salvo cuándo por falta de cuidado, no tuvo en cuenta la condición resolutoria por falta de pago que constaba en la escritura pública”⁷⁹</p> <p>b) Cumplimiento de la Obligación de pagar el precio a través de un proceso</p>

⁷⁷ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁷⁸ Ochoa González, Guillermo. Contratos Nominados Civiles. Señal Editora. Medellín, 1988. pág 53-58.

⁷⁹ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Decimo Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 154

	ejecutivo singular c) En ambos casos, se debe resarcir los perjuicios ocasionados al vendedor.
--	---

2.2.2.2. Recibir la cosa comprada: “El comprador estará obligado a recibir la cosa en el lugar y tiempo estipulados y, en su defecto, en el lugar en el tiempo fijados por la ley para la entrega, so pena de indemnizar al vendedor los perjuicios causados por mora”⁸⁰

En los casos que el comprador se niegue a recibir la cosa, el vendedor puede liberarse mediante su consignación o cualquier otro medio acreditado jurídicamente que prueba su voluntad en hacer la entrega y la renuncia del comprador.

2.2.2.3. Otras Obligaciones: También existen otras obligaciones complementarias, como la de abonar, salvo pacto, los gastos de primera copia de la escritura y demás posteriores a la venta o el abono, igualmente salvo pacto en contrario, de los gastos de transporte de la cosa desde el lugar de la entrega, y en fin la de satisfacer al vendedor los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida desde el momento de la perfección del contrato hasta el de la entrega.

2.1.4. ELEMENTOS:

Como los explicamos detenidamente en el capítulo primero, estos elementos son esenciales, para cualquier clase de contrato, pero son además elementos generales necesarios, en la venta de bienes inmuebles para vivienda urbana.

2.1.4.1. Elemento Esencial:

2.1.4.1.1. Cosa - Bien inmueble: “La cosa sobre la cuál versa el negocio jurídico es sobre un bien inmueble que “no puede transportarse de un lugar para otro, como las tierras y minas, y las que se

⁸⁰ Artículo 943. Código de Comercio y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.”⁸¹ Este bien inmueble debe estar ausente de vicios redhibitorios o de acciones reales sobre el mismo, al momento de realizar la compraventa, debido a que nadie puede transmitir mas derechos de los que tiene. En el caso particular, si se presentaran vicios o terceros que alegan tener un mejor derecho que el que posee quién pretende enajenarlo, la compraventa nacería a la vida jurídica con nulidad.

Este bien inmueble, para la compraventa de la investigación, debe estar localizado en la zona urbana, debe ser utilizado para la vivienda o uso y habitación de la familia o personas. Además debe tener las siguientes características que el doctor Arturo Alessandri,⁸² menciona en su libro y nos han servido de guía para analizar cada una de ellas:

“- *Debe ser comerciable*: es decir que su venta y compra sea lícita y permitida en el comercio y las leyes, pues de lo contrario adolecería de nulidad absoluta. Son bienes inmuebles comerciales, todos aquellos adquiridos con recursos lícitos y según las buenas costumbres y la ley colombiana.

-*Debe ser determinada*: debido a que la compraventa es a título singular, así el vendedor desee enajenar todos sus bienes, se debe determinar en el caso de bienes inmuebles, su ubicación exacta por medio de su nomenclatura o sus lindero, debe decirse los metros cuadrados construidos que la forman y los no construidos, especialmente existe un numero de Escritura Pública y de Registro único de estos bienes, el cuál permite una determinación clara y exacta del mismo.

- *Debe existir*: Se ha repetido que la venta de cosa futura es inexistente. Pero sí el bien inmueble no existe al tiempo del contrato, pero se espera que exista cuándo se vaya a perfeccionar, se dice que esta compraventa es condicional, y el contrato es válido, sí la cosa no llega a existir se entiende por no celebrado el contrato. Sí la cosa llega a existir, pero por caso fortuito o fuerza mayor, deja de

⁸¹ Artículo 656. Código de Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁸² Rodríguez Alessandri, Arturo. Derecho Civil, de los Contratos. Editorial Zamorano y Caperan. Pág 96, 97.

existir, el contrato no procede por falta de cosa, (bien inmueble), elemento esencial para que exista el contrato.

- *Debe ser la cosa vendida de propiedad del comprador*: Esto en virtud a que nadie puede transmitir más derechos del que no posee. El vendedor al ser legítimo propietario del bien, habrá transmitido el derecho de dominio, y demás derecho reales y personales como legítimo propietario tenía, siendo el comprador en único y legítimo propietario del bien inmueble.

2.1.2.1.2. Precio: Es el valor pecuniario, expresado en dinero, que económicamente representa el bien que se quiere adquirir, pagándolo como contraprestación del mismo. El precio tiene unas características, que debe cumplir:

“- *Ser pecuniario*: el precio debe ser en dinero o especie, siempre que está no sea mayor a el dinero dado como parte de pago

- *Ser cierto*: debe ser determinado y determinable, en concordancia con el artículo 1864 del código civil y el pronunciamiento de la suprema Corte, dijo: “No obstante, para que el precio de la venta exista, no es menester que en todo caso se fije la cuantía o el valor exacto de la cosa vendida; es suficiente que el contrato contenga los elementos que permitan conocer con certeza su monto en el momento de su exigibilidad: en tal supuesto se habla del precio determinable”⁸³

- *Sea serio y justo*: debe contener una proporción, entre el precio que se va a pagar y el valor del bien a compra. Esta característica es fundamental, pues sí el valor es mayor al precio pagado o sí el precio pagado ha sido mayor al valor del bien, la venta adolecerá de lesión enorme.

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 11/1984.

- *Sea real*: el precio convenido en el contrato es el que paga el comprador al vendedor o se obliga a pagar en dinero o parte en dinero y en cosa.”⁸⁴ La Corte suprema dice “para que la venta exista no necesariamente el precio debe estipularse totalmente en dinero; puede consistir, según lo autoriza el artículo 1850 C.C., parte en dinero y parte en otra cosa, considerándose que si ésta tiene un menor valor que la suma que se da en dinero, la compraventa desaparece como tal”³⁸

Considero que el pago del precio es un elemento esencial para la conformación de este acto jurídico, pues consiste en la contraprestación dineraria, equivalente a la cosa o derecho transferido, que debe del mismo modo contener unos requisitos; ser real, serio, justo, determinado o determinable y cierto, para que el contrato sea de compraventa y no otro, debido a que el carácter oneroso del contrato, es una característica especial y es el móvil del vendedor para realizar este acto jurídico. Al respecto la Corte ha manifestado: “El precio es uno de los elemento esenciales de este contrato. Por consiguiente, cuándo el referido elemento falta la compraventa no existe como tal, o, por lo menos, degenera en acto jurídico distinto”³⁸

2.1.4.2. Elemento Natural:

Cómo elemento de la naturaleza del contrato, que considero que es el de mayor relevancia es la solemnidad necesaria para transferir el derecho real de propiedad del bien inmueble cuando es enajenado, pues como se ha dicho anteriormente, si bien por regla general es un contrato consensual, este se torna solemne, cuando la cosa del contrato de compraventa, es un bien inmueble, un bien raíz, tal como dice el artículo 1857 del C.C. la venta se considera perfecta desde que las partes acuerden la cosa y precio, pero esta regla general es matizada por lo que corresponde a los inmuebles por la exigencia de documentación pública, el artículo 756 “se efectuara la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del titulo en la oficina de registro de instrumentos públicos”⁸⁵.

⁸⁴ Leal Pérez, Hildebrando. Contrato de compraventa. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989. págs 100-105.

⁸⁵ Código de Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

En virtud a nuestra legislación, el ha introducido la solemnidad típica de la venta de bienes raíces como un elemento de la naturaleza del contrato, pues aunque las partes no digan que deben hacerla, esto se entiende obligatorio por virtud de la ley, pues el simple contrato no tiene fuerza vinculante de publicidad, principal fin del registro de la escritura pública, dejando a libertad de las partes que la realicen, así que por la clara descripción del legislador cuando enumera los elementos esenciales en el contrato y luego al definir la necesidad de solemnidad respecto a esta clase de ventas, me atrevo a incluir la solemnidad como un elemento natural del contrato en cuestión.

Respecto al estudio que se adelanta, la compraventa de inmuebles, la Suprema Corte de Justicia afirmó: “En la compra de bienes inmuebles, de servidumbres y de derechos gerenciales, es preciso distinguir dos actos distintos y sucesivos: el contrato en sí mismo y el registro. La perfección del acto solemne se agota por la escritura pública.”⁸⁶ En concordancia con el artículo 1857 del Código Civil

De manera que el elemento formal, en la venta de inmuebles; consiste en el registro de la tradición del dominio por medio de la solemnidad de la escritura pública e inscripción en la Oficina de Instrumentos Públicos, por la naturaleza de la cosa, objeto de la compraventa. La utilidad de la Escritura Pública consiste en verificar la tradición del dominio, siendo ad probationem y ad substantiam actus, en razón de ser una obligación inherente al contrato de compraventa de inmuebles sin que sea necesario pactarla dentro de las cláusulas, pues bien como se ha hecho mención, este negocio jurídico solo se perfecciona agotada la formalidad requerida.

También es un elemento natural, la resolución del contrato de compraventa por falta de pago de la obligación del comprador, el mismo código civil al definir el pacto comisorio, nos aclara que siempre se entiende consagrada en el contrato, tan sólo es conocida dentro del mismo con este nombre cuándo se deja constancia dentro del contrato. Artículo 1935 “Por pacto comisorio, se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 28/1985.

Entiéndase siempre esta estipulación en el contrato de venta y cuando se exprese toma el nombre de pacto comisorio⁸⁷

2.1.4.3. Elementos Accidentales: La compraventa de inmuebles es susceptible de diferentes elementos accidentales, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, mientras que esta se ajuste a la ley. Sin embargo tales como las cláusulas como pacto de retroventa, pacto de reserva de dominio, entre otros.

Pacto de retroventa esta definida en el código así; “por pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra”⁴², este pacto se ha suscitado discusiones doctrinales sobre su naturaleza, ya que algunos alegan que este es un nuevo negocio jurídico que se ha de celebrar, pero finalmente nuestro código ha considerado que es este pacto “un retracto convención, en el sentido de que le vendedor se reserva el derecho de resolver el contrato consecuentemente de readquirir la cosa vendida, devolviendo al comprador el precio recibido de este o la suma estipulada expresamente al efecto”⁸⁸ Así que este pacto, es muy utilizado en la vida cotidiana con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación en dinero, siendo una garantía de cumplimiento para el acreedor, pues este puede unilateralmente solicitar la resolución del contrato y la restitución de su bien en el momento que así lo considere hasta cuatro años después de la fecha de celebración del contrato (Artículo 1943 C.C.).

Respecto a la validez del pacto de retroventa, la Corte ha dicho: “Sólo se entenderá como valido este pacto sí las partes en virtud a su libertad de autonomía de la voluntad “para que estas cláusulas tengan eficacia es menester, que él se consigne en el mismo contrato para que pueda ser verdaderamente calificado como reserva de la facultad de retrae. Si el pacto se acuerda con posterioridad a la celebración del contrato, así se haga constar en documento privado o escritura

⁸⁷ Código de Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

pública, él no comportará el pacto de retroventa que regula el código en el artículo 1939, que es un pacto accesorio y simultáneo de la compraventa y no independiente de la misma o posterior a ella”⁸⁹

Otra cláusula accidental es el pacto de retracto, también conocido como pacto de *additio in diem*. Este pacto consiste en la posibilidad que tendrá el vendedor de percibir más dinero por el valor del bien en el término no superior de un año, si llegará a presentarse una oferta mejor que supere la del comprador, en dicha situación se resolverá el contrato, salvo que el mismo comprador dese e igualar o mejorar la misma oferta hecha por el tercero

Si se resuelve el contrato, “los efectos de este pacto en relación con las partes, nacen las restituciones mutuas a que hay lugar una vez resuelto el contrato, por razón a este pacto”⁹⁰

2.1.5. CARACTERÍSTICAS

Las características del contrato de compraventa, nacen de la misma naturaleza del acto jurídico, como:

2.1.5.1. Consensual:

Se produce y se reputa perfecto el contrato de compraventa, por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes respecto a la cosa y el precio, es decir por el simple consentimiento de las partes, según lo deducimos de la propia definición legal, sin que sea necesaria la entrega de la cosa y precio para que el contrato se entienda perfecto. Sin embargo encontramos algunas excepciones, otorgándole solemnidad al contrato de venta, como en el tema de estudio, en venta de inmuebles, el cuál es solemne pues para perfeccionar la venta es requisito indispensable el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción en la oficina de instrumentos públicos.

⁸⁸ Gómez Estrada, Cesar. De los Principales Contratos Civiles. Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. pág 116.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Octubre 11/1977.

⁹⁰ Gómez Estrada, Cesar. De los Principales Contratos Civiles. Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. pág 123.

2.1.5.2. Bilateral:

Genera obligaciones a cargo de ambos contratantes, que se configuran como correlativas, siendo cada una de ellas fundamento de la otra, es decir recíprocas. Tal es la obligación del vendedor de entregar la cosa y el comprador a pagar el precio por esa cosa.

2.1.5.3. Oneroso:

Se caracteriza por el ánimo de lucro, las partes buscan obtener una utilidad. En este contrato el adquirente persigue la cosa como medio de beneficio contractual y paga un precio como contraprestación. "Dentro del carácter oneroso, es generalmente conmutativo, pues las partes conocen, ordinariamente, el alcance de las prestaciones. Excepcionalmente es aleatorio, como cuando compra una cosecha, sin precisar los efectos de la producción."⁹¹

2.1.5.4. Conmutativo:

En razón a su utilidad patrimonial que buscan obtener cada una de las partes, se halla perfectamente delimitada desde el momento en que el contrato se celebra, si bien en la compraventa puede también configurarse como aleatoria (como la venta de cosechas).

2.1.5.5. Translativo de Dominio:

Aunque no opera inmediatamente la transmisión de la propiedad, si constituye uno de los títulos hábiles, unido al modo o entrega para causar ese traspaso.

2.1.5.6. Típico y Principal:

La ley Colombiana lo consagra y lo crea, "no necesita de ningún otro acto jurídico para que se configure y subsista. Es el contrato principal por excelencia"⁴⁶

⁹¹ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Décima quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Pág 6, 7.

2.1.5.7. Nominado:

Tal como lo dije anteriormente, es un contrato que ha sido creado y nominado por la misma ley del código civil, en el cual ha sido definido y regulado, mencionando los efectos que produce, partes que intervienen, entre otros.

2.1.5.8. De ejecución instantánea:

“Cuando las partes expresan su voluntad sobre la cosa y precio, salvo las excepciones conocidas, el contrato se perfecciona y comienza a ejecutarse. El hecho de que la cosa no sea entregada en el mismo momento del perfeccionamiento del contrato, o el precio sea cubierto por cuotas o con posterioridad, no quiere significar que se convierte en contrato de tracto o ejecución sucesiva, por cuanto el contrato se cumple en un solo acto, aun cuando las prestaciones estén sometidas a una regulación periódica.”³⁷

2.1.5.9. De libre discusión:

“Dentro de la libre expresión de la autonomía de la voluntad ningún contrato reviste de mayores oportunidades para discutir los alcances, formas, condiciones del acto como en la compraventa. El vendedor señala la cosa, fija el precio, etc., pero el comprador puede convenir, de otra manera, mediante el principio de la libre discusión. Claro está que muchas veces se da el contrato en donde el vendedor fija de antemano todas las condiciones de la venta. Pero eso no quiere decir que el comprador se adhiera o que el contrato es de adhesión. Sucede que el comprador, al aceptar el contrato, ha expresado su voluntad en ese sentido, conociendo las formas del contrato. El reglamento del vendedor no puede constituirse en un instrumento para romper la naturaleza del contrato. De ahí que, a nuestro juicio, corresponde a los jueces, en un momento dado, buscar la verdad”⁹²

⁹² Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Décima quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Pág 7

2.3. GARANTIAS DE LA COMPRAVENTA

Es muy usado en el sistema bancario ejercer sobre el bien inmueble la garantía real de hipoteca, consagrada en el artículo 2432 “La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” Es decir, la hipoteca permite que el deudor disfrute del bien, uso, habitación y frutos, pero es prenda principal del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación, obligando a que se venda el inmueble por medio de autorización judicial y con el producto de su venta se cancele la obligación incumplida.

La hipoteca para que tenga plena validez debe ser otorgada en escritura pública, requiere de solemnidad para que sea válida y obligatoria al registrarse en la oficina de Instrumentos Públicos, cumpliendo esta formalidad la hipoteca produce todos los efectos legales.⁹³

2.4. REQUISITOS

Son requisitos indispensables del contrato de compraventa, los mencionados por el artículo 1502 de nuestro Código Civil: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito;
4. Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste”⁹⁴

En razón a este artículo que nos demarca los requisitos generales y obligatorios en los contratos, entraremos en materia a estudiarlos, teniendo en cuenta los aspectos especiales para la compraventa de bienes inmuebles, pues en términos generales ya hemos estudiando en el capítulo primero cada uno de estos requisitos de manera especial.

⁹³ En concordancia, con los Artículos 2434 y 2435 del Código Civil y Legislación Complementaria, Legis 2002.

TABLA 2.3. Requisitos de compraventa de bien inmueble.-

REQUISITOS COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE		
CRITERIO	CAPACIDAD	CONSENTIMEINTO
NOCION	<p>“Son capaces para celebrar el contrato de venta todas aquellas personas que tienen la capacidad de ejercicio de sus derechos, conforme a las reglas generales.</p> <p>Pero la ley ha establecido ciertas incapacidades especiales para la venta, en razón al cargo que ejercen ciertas personas o por los vínculos de parentesco.”⁹⁵</p> <p>“Con base en esto, cuando se celebra un contrato de compraventa cuya nulidad se pretende declarar, por carencia de capacidad de alguno de los contratantes, la parte que aspire esta decisión, debe acreditar y establecer esta incapacidad con el fin de procurar un resultado favorable. No basta alegarlo, hay que probarlo”⁹⁶</p>	<p>“La compraventa, requiere un consentimiento válido, es decir, el acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato.”⁹⁷</p> <p>Para el tema en mención, en la compraventa de bienes inmuebles, la manifestación de esta voluntad consta en la solemnidad que requiere este contrato. Es decir, que conste en Escritura Pública la expresión de voluntad de compraventa respecto a el bien inmueble y el precio.</p> <p>La venta de bienes raíces, se perfecciona (Art 1857) cuando se otorga la escritura publica, en razón a la naturaleza del bien, el cuál requiere que la manifestación de voluntad de las partes conste solemnemente para que surta efectos civiles (art. 1500).</p>
COMENTARIOS	<p>Existen unas incapacidades especiales en este negocio jurídico, las cuales son prohibiciones legales impuesta a ciertas personas.</p> <p>-“Adolece de Nulidad Absoluta, la venta de inmuebles, efectuada entre</p>	<p>Debe constar la voluntad del comprador de adquirir el bien inmueble y pagar el precio en escritura pública y la voluntad manifiesta del vendedor de transferir el dominio del bien inmueble y entregarlo.</p> <p>Así que a través de esta solemnidad, de</p>

⁹⁴ Código de Civil y Legislación Complementaria. Legis. Edición 2002

⁹⁵ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Contratos, Tomo IV. Editorial Temis. Bogotá, 1961. pág 24.

⁹⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Edición Décima Quinta. Bogotá, 2002. pág 8

⁹⁷ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Contratos, Tomo IV. Editorial Temis. Bogotá, 1961. pág 11

	<p>cónyuges no divorciados. Este precepto busca proteger el equilibrio patrimonial del matrimonio, conservar los derechos que tienen los acreedores frente a algún cónyuge y evitar posibles abusos de un cónyuge sobre el otro o terceros. (Art.1852CC)</p> <p>- El empleado público tiene prohibido comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio, y a los magistrados de las cortes, jueces, secretarios de unos y otros, no pueden adquirir los bienes en cuyo litigio han intervenido así se haga en pública subasta. Es Nulo Absoluto. Art. 1854 C.C.</p> <p>- Los Arts 1855 y 1856, dicen que no es lícito que tutores y curadores compren parte alguna de los bienes de sus pupilos, sino con arreglo a la ley. También bajo este precepto, es nulo cuando es el padre al hijo, legítimo o adoptivo, sus descendientes o ascendientes. Prohibición de Nulidad Relativa, puede ser saneada por otro guardador o por el juez al ratificar el contrato.</p> <p>- Los mandatarios, síndicos de los concursos y albaceas, no podrán por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ordena comprar. Acarrea Nulidad relativa pues permite ratificación del mandante. Art.2710 C.C.⁹⁸</p>	<p>elevantar la voluntad de las partes a Escritura Pública, constan las obligaciones contraídas por las partes, el cuál es plena prueba para exigir su cumplimiento o resolución en caso de que estas procedan.</p> <p>Los gastos producidos por la escritura pública, según el artículo 1862, se debe distribuir proporcionalmente a las partes, comprador y vendedor, pero también pueden convenir que esta carga este solo en cabeza de uno o proporciones diferentes.</p>
--	--	---

⁹⁸ Leal Perez, Hildebrando. Contrato de Compraventa. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989. pág 30 -32.

ASPECTO ESPECIAL	<p>- Prohibición impuesta a gobiernos extranjeros, fundada en la soberanía, la ley 39 de 1918 estableció una excepción diciendo “los gobiernos extranjeros que mantengan misión diplomática en la República, pueden adquirir en propiedad o construir en la capital de ella el edificio destinado a alojar su respectiva delegación siempre que declaren que la República gozará en la misma materia el derecho de reciprocidad”⁵⁰</p> <p>- La ausencia de capacidad produce nulidad relativa o absoluta.</p>	<p>- Consentimiento en la venta forzada: Es la venta de bienes inmuebles a través de subasta pública, por un proceso ejecutivo hipotecario, cuando coactivamente se ha ordenando la venta del inmueble y su producto sea para cancelar una obligación monetaria determinada, que estaba garantizada por el mismo bien. Puede parecer que la venta en este caso sea aún en contra de su voluntad, no obstante, “esta realidad objetiva, la doctrina ha entendido que el consentimiento del vendedor-deudor sí existe en la hipótesis contemplada, porque al obligarse aceptó por anticipado que en caso de incumplir se vendiese sus bienes en cantidad suficiente para pagar lo debido, conforme al precepto del artículo 2488C.C. que constituye todos los bienes del deudor en prenda tácita de sus acreedores.”⁹⁹</p> <p>- La ausencia de consentimiento produce nulidad relativa o absoluta.</p>
CRITERIO	OBJETO LICITO	PRECIO
NOCION	<p>El objeto lícito, al responder al razonamiento, ¿Qué es lo que se debe? se confunde con la cosa en el contrato de compraventa, por ser elemento de su esencia, para que exista.</p> <p>“Cosa, en el sentido de la compraventa, es todo aquello que es susceptible de ser vendido: un derecho real, un</p>	<p>Es el precio en dinero, requisito esencia (Art. 1849 CC), esta característica, distingue la compraventa de la permuta (Art. 1955 CC).</p> <p>Sin embargo, este precio no tiene que ser necesariamente en su integridad en dinero, es permitido el pago hasta la mitad del valor del precio en especie sí</p>

⁹⁹ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1996. pág 3, 4

	derecho de crédito o un derecho intelectual” ¹⁰⁰ para nuestra investigación nuestro objeto es el derecho real sobre el bien inmueble.	las partes así lo acuerdan. (Art. 1850 CC). El precio es la obligación principal del comprador en el contrato.
REQUISITOS	<ul style="list-style-type: none"> - “La cosa debe existir al momento del contrato, pero también es válida la venta de cosas futuras (Art.1869), frente a esta clase de objetos surgen la compraventa bajo condición suspensiva o venta a término. - La cosa debe ser de lícito comercio, es decir, debe estar en el tráfico jurídico y por tanto, susceptible de transmitirse de un patrimonio a otro, pues esta transmisión es el fin de la compraventa. - Debe ser un objeto determinado, señalado o indicado de manera que se conozca claramente cual es el contenido de la relación jurídica de las partes, este bien inmueble debe individualizarse”¹⁰¹ 	<ul style="list-style-type: none"> - “Debe ser cierto, es decir; determinado o determinable - Debe ser justo, lo cuál significa que su cuantía no debe ser inferior a la mitad del justo valor de la cosa que se compra, de lo contrario hay lugar a lesión enorme. (Art.32 Ley 57 de 1887) - Debe ser serio, debe existir proporción entre el precio y el valor de la cosa - Debe ser real, significa que debe estipularse con la intención de ser exigido por el vendedor al comprador.”¹⁰²
ASPECTO ESPECIAL	Este es un requisito para la validez del contrato	Este es un requisito para la validez del contrato

2.5. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES PARA VIVIENDA URBANA.

El contrato de arrendamiento o alquiler de bienes, surgió por “las circunstancias de la guerra (primera guerra mundial) y, después de ésta, las dificultades debidas a la inestabilidad monetaria y

¹⁰⁰ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Edición Décima Quinta. Bogotá, 2002. pág 58.

¹⁰¹ Leal Pérez, Hildebrando. Contrato de Compraventa. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989. pág 79-81

a la escasez de la vivienda, dieron lugar, en cuanto a los arrendamientos de fincas rústicas y fincas urbanas, a un conjunto de medidas legislativas, cuya mayor parte tendrán, sin duda, solamente carácter transitorio”¹⁰³, Planiol y Ripert, visualizaron que este contrato, tendría enorme influencia en la economía de los países y sería desarrollado en el mundo entero, por varias razones, bien sea por “su utilidad práctica porque es el medio más efectivo para gozar de los bienes cuando no se tiene el dominio”¹⁰⁴, o por la utilidad económica que genera a las propietarios, a las inmobiliarias, a las casas de alquiler etc., y la efectiva satisfacción una necesidad temporal, que se ha tornado permanente en nuestra sociedad.

De acuerdo, con la predicción de Planiol y Ripert, encontramos que el contrato de arrendamiento, tal como ha sido considerado en nuestro país, cumple una importante función social, pues, debido a la situación económica colombiana, el ciudadano se encuentra obligado a rentar bienes y servicios, en lugar de adquirirlos, pues el valor o el precio del mismo, no está al alcance de sus ingresos.

Así pues, este tipo de transacciones comerciales, relacionadas específicamente con el arrendamiento de bienes inmuebles, desde hace unos años atrás, ha iniciado una creciente proliferación de empresas dedicadas a estos fines. Estas circunstancias obedecen al contexto político, social y financiero que atravesamos en Colombia y a la permanente demanda de esta tipología de servicios, pues la necesidad básica de vivienda, la cuál es la que nos interesa en este estudio particular, debe ser satisfecha con prioridad, se perciben importantes rentas, las cuales son valores considerables, en una economía inestable.

La importante satisfacción de una necesidad básica, como es la necesidad de vivienda, debe ser satisfecha por lo menos transitoriamente a través de alquiler de inmuebles, pues la familia necesita un lugar donde vivir, desarrollarse y crecer.

¹⁰² Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. pág 30, 31 y 32

¹⁰³ Planiol, Marcelo. Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo X Los Contratos Civiles. Editorial Cultural. Habana, 1946. pág 477, 478

¹⁰⁴ Salamanca, Hernán. Derecho Civil. Curso IV Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. pág 143

En nuestras leyes nacionales, se descifra la clara tendencia romanista de este contrato, aún cuando el Derecho Romano no desarrollo este negocio jurídico autónomamente, lo que indica que “se confundía con la compraventa, pues en ambos casos se realizaba la entrega de una cosa, a manera de venta, por un tiempo establecido y claramente determinado.”¹⁰⁵ Agrega el autor Bonivento Fernández, que “con el transcurso del tiempo, esta figura evolucionó a lo que se conoció como la locatio conductio, que consistía en la cesión de un bien para el uso de un tercero, la prestación de un trabajo o servicio e incluso la de una obra, como la rei, operarum, operaris; a cambio de una remuneración o una renta.”¹⁰⁶.

Tal como se ha referido, el Código Civil Colombiano, acogió estos pilares romanos, consagrando en la legislación el arrendamiento de cosas, de servicios y de obras; de la siguiente forma:

Artículo 1973 del C.C.: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado”¹⁰⁷

Esta definición jurídica, no discrimina entre el conceder el goce de un bien o ejecutar una obra o prestar un servicio, “como si se tratara de fenómenos sustancialmente iguales, pero la razón de ser y su explicación consiste, en que en aquella época, ya superada en nuestra cultura, no se distinguía entre la utilización del trabajo humano y la utilización de los bienes materiales, y por ello se entendía que tanto era arrendamiento obtener a cambio de un precio el goce temporal de una cosa ajena, como obtener a cambio de un salario el resultado de la actividad del trabajo de otro.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 379.

¹⁰⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002

¹⁰⁷ Código Civil y Legislación Complementaria. Legis. Bogotá 2002. Artículo 1973.

¹⁰⁸ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera edición. Bogotá, 1999. pág 181.

Atendiendo a esta aclaración, estudiaremos el arrendamiento de cosas, pero este a su vez, se clasifica según la clase de bien que se arriende, el cual puede ser de objetos; corporales o incorporales y de derechos. Los primeros puede ser, de bienes muebles y de bienes inmuebles. Este último, hace distinción entre inmuebles de fincas o propiedades rurales e inmuebles urbanos.

El arrendamiento de inmuebles representa mayor trascendencia económica porque facilita el goce y disfrute del bien a quien lo necesita, sin que se haga necesario el desembolso el valor total para adquirir la propiedad, como lo he dicho en reglones anteriores.

Sin embargo hay que distinguir que, el arrendamiento de inmuebles urbanos, es factible que recaiga en inmuebles urbanos para viviendas o para locales comerciales que implican las edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino abrir un establecimiento que presta una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fines lucrativos.

Pero el presente tema de estudio, se enfoca al arriendo de inmuebles para vivienda urbana, que se utilizan con el fin de habitación a los miembros de una familia, o la habitación de una o más personas. En esta clase de contrato el arrendador, o sea la persona que da en arrendamiento el inmueble está obligado a entregar al arrendatario la cosa materia del contrato de arrendamiento, que es un bien inmueble destinado para la vivienda, el cuál es entregado en buenas condiciones que permiten el cumplimiento satisfactorio del fin perseguido; habitarla. “Es entonces una obligación del arrendador librar al arrendatario de toda perturbación en el goce de la cosa arrendada, que recaer sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”¹⁰⁹

La temática de nuestro interés, es pues el arriendo que tiene la necesidad de la vivienda, el cuál es uno de los factores que tienen mayor incidencia en la estabilidad social de nuestro país, por los bajos ingresos que imposibilitan día a día la adquisición de vivienda propia, determinando la suerte de los ciudadanos a procurar el goce de un bien temporalmente para atender, así esa manifestación

¹⁰⁹ Ochoa González, Guillermo. Contratos Nominados Civiles. Señal Editorial. Medellín, 1988

primaria de las personas por medio del arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana, una manera aunque imperfecta, satisface esta necesidad básica.

2.5.1. CONCEPTO

Para inferir una noción precisa, es necesario hacer alusión a la ley 56 de 1985, (derogada por la Ley 820 de 2003), que ha sido “inspirada en principios de equidad, reconociendo el derecho a la vivienda para la familia colombiana como una obligación del estado, necesario para la vida y desarrollo económico de la comunidad y ante la necesidad de armonizar el ejercicio del derecho a la propiedad y su utilización con el interés social, esta ley tiene por objeto fijar los criterios que deben servir de base para regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a la vivienda y para determinar el valor del canon respectivo y sus reajustes”¹¹⁰.

Emerge esta ley, para proteger el concepto de unidad familiar, consagrado en la Carta Magna; como núcleo de la sociedad, debiendo el concepto de arrendamiento como actividad económica, ceder al instituto jurídico de la familia, tal como Blanquet, enunció: “el arrendamiento de vivienda como cesión de un inmueble tiene como definitorias dos notas: una objetiva, se trata de un inmueble urbano habitable, y otra de carácter finalista, se destina a satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda”¹¹¹

La ley en mención, define el contrato de arrendamiento de vivienda urbana diciendo: “es aquel por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce total o parcial de un inmueble urbano destinado a vivienda, y a la otra a pagar por este goce un precio determinado”¹¹² posteriormente la Ley 820 de 2003, transcribió exactamente la misma definición e incorporó los párrafos que figuraban en la ley 56 de 1985 al artículo de la siguiente manera:

¹¹⁰ Ley 56 de 1985. Artículo 1

¹¹¹ Blanquet Uberos, Roberto. .La reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital. Editorial. Civitas. Madrid, 1987.

¹¹² Ley 56 de 1985. Artículo 2.

“a) Servicios, cosas o usos conexos. Se entienden como servicios, cosas o usos conexos, los servicios públicos domiciliarios y todos los demás inherentes al goce del inmueble y a la satisfacción de las necesidades propias de la habitación en el mismo;

b) Servicios, cosas o usos adicionales. Se entienden como servicios, cosas o usos adicionales los suministrados eventualmente por el arrendador no inherentes al goce del inmueble. En el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, las partes podrán pactar la inclusión o no de servicios, cosas o usos adicionales.

En ningún caso, el precio del arrendamiento de servicios, cosas o usos adicionales podrá exceder de un cincuenta por ciento (50%) del precio del arrendamiento del respectivo inmueble.”¹¹³

Teniendo en cuenta, la noción que el legislador ha creado especialmente para este contrato de arrendamiento, con el propósito de estudiar este instituto jurídico, procederé a desmembrar, para obtener una claridad más exacta de lo que nuestro ordenamiento quiere contemplar.

Respecto a la definición legal, se le ha otorgado una destinación especial al inmueble, el cuál es la vivienda urbana y cuándo declara “conceder el goce total o parcial del inmueble”, el mismo legislador, ha explicado esta acepción al trazar “Para los efectos del artículo 2 de la Ley 56 de 1985, se entiende que los calificativos de “total o parcial” se refieren exclusivamente al área, a los servicios, los usos bien sea conexos o adicionales de un bien inmueble destinado a vivienda”¹¹⁴ Pues es claro que no se refiere al goce y uso del inmueble, pues el goce y uso no es susceptible de fraccionamiento o división, “mientras que los servicios conexos al ser inherentes a la naturaleza del inmueble, como son la conexión a una red eléctrica o de acueducto” ¹¹⁵

¹¹³ Ley 820 de 2003. Artículo 2.

¹¹⁴ Decreto 1816 de 1990. Artículo 1.

¹¹⁵ CARDONA HERNÁNDEZ, Guillermo. CONTRATOS CIVILES. 3ra. Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, D.C. 2001.

Estos nuevos aspectos que no consagraba el artículo 1973 del Código Civil, en el artículo 2 de la Ley 56 y reiterados en la Ley 820, encarnan en distinguir entre aquellos servicios, cosas o usos, llamados conexos, que son los servicios públicos domiciliarios de la vivienda los cuales son innatos al goce del inmueble y aquellos servicios que tienen como fin satisfacer necesidades propias de la habitación y otros servicios que llamo el legislador; adicionales, que no son inherentes al goce del inmueble, pero que en virtud a la autonomía de las partes, pueden acordar que el arrendador proporcione al inquilino otros servicios, usos o cosas, como sucede en el arrendamiento de casa amoblada (Artículo 2032 del C.C.), en el cuál se suministran muebles, enseres de casa, televisor, computador, grabadoras, etc., estos servicios están al alcance de ser aprovechados y disfrutados por el arrendatario, y este goce adicional, debe reconocerse en el precio o canon o renta mensual como contraprestación, pero este valor adicional, tiene un límite; pues no debe superar el 50% del precio del arrendamiento del inmueble, como dice el tratadista Bonivento Fernández “Es decir, cuida la ley de que los fines de interés social no se desconozcan o vulneren en la relación obligatoria con la fijación de un precio que exceda del tope que ella misma establece y que se lograría con un incremento desmedido de la renta en lo atinente a estos servicios, cosas o usos”¹¹⁶

Pero, no sólo nuestros juristas y doctrinantes, se han dado a la tarea de conceptuar exactamente el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, sino que ha establecido una clasificación especial, en la ley 820, figurando así:

“Artículo 4. Los contratos de arrendamiento de vivienda urbana se clasifican de la siguiente forma, cualquiera que sea la estipulación al respecto:

a) Individual: Siempre que una o varias personas naturales reciban para su albergue o el de su familia, o el de terceros, cuando se trate de personas jurídicas, un inmueble con o sin servicios, cosas o usos adicionales;

b) Mancomunado. Cuando dos o más personas naturales reciben el goce de un inmueble o parte de él y se comprometen solidariamente al pago de su precio;

c) Compartido. Cuando verse sobre el goce de una parte no independiente del inmueble que se arrienda, sobre el que se comparte el goce del resto del inmueble o parte de él con el arrendador o con otros arrendatarios;

d) De pensión. Cuando verse sobre parte de un inmueble que no sea independiente, e incluya necesariamente servicios, cosas o usos adicionales y se pacte por un término inferior a un (1) año. En este caso, el contrato podrá darse por terminado antes del vencimiento del plazo por cualquiera de las partes previo aviso de diez (10) días, sin indemnización alguna.

PARÁGRAFO 1o. Entiéndase como parte de un inmueble, cualquier porción del mismo que no sea independiente y que por sí sola no constituya una unidad de vivienda en la forma como la definen las normas que rigen la propiedad horizontal o separada.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones particulares a las que deberán sujetarse los arrendamientos de que tratan los literales c) y d) del presente artículo.”¹¹⁷

La diferencia entre el individual y mancomunado, radica en el número de personas que se obligan solidariamente a pagar el canon de arrendamiento por el goce del inmueble, en el individual sólo una persona natural o una persona jurídica a través de su representante legal, se obligan a cancelar la totalidad de la renta mensual, mientras el contrato este vigente. Mientras que el mancomunado varias personas que reciben el goce y uso del inmueble, se obligan solidariamente ante el arrendador para cumplir con el pago de la renta pactada en el contrato de arrendamiento.

¹¹⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 472.

El Arrendamiento compartido, informa que el arrendatario tiene el goce de una parte no independiente del inmueble sin que esto le permita el uso del resto del bien que ocupa el arrendador u otros arrendatarios, esto significa que el arrendatario tiene el goce sobre la parte del inmueble que se le arrendó, pero no lo detenta con respecto a las otras zonas o partes del inmueble que están siendo ocupadas por terceros, así que el arrendatario no puede exigir el uso de todo el inmueble, pero sí tiene la disposición de uso y goce respecto a esa parte de inmueble independiente, que constituye una unidad de vivienda, contando con salida a la vía pública directamente o por pasaje común, aunque no este constituida como esta clase de propiedad y no tenga avalúo catastral. Mientras que en la pensión, estas porciones del inmueble que son independientes, no constituyen por sí sola una unidad de vivienda.¹¹⁸

Consecuentemente a la explicación del concepto legal y de la clasificación del contrato de arrendamiento de inmueble para vivienda urbana, se difiere que el contrato de arrendamiento es un contrato cuantioso y muy común en la vida jurídica de las personas, que se incorporó a nuestra legislación jurídica como un contrato bilateral, oneroso y consensual, en el que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce de un bien inmueble para vivienda, por tiempo determinado y un precio cierto, siendo un contrato conmutativo y de ejecución sucesiva. Este precio que paga el arrendatario compensa los servicios que recibe por ser titular de la mera tenencia del bien, el cual goza de la posesión quieta y pacífica del inmueble materia del arriendo que le garantiza el arrendador.

Este contrato de arrendamiento tiene como lo hemos resaltado anteriormente, una especial importancia en razón a la función social que satisface, al facilitar la casa de habitación a los ciudadanos, cuya necesidad es elemental.

Vistas las anteriores consideraciones doctrinales alrededor del concepto de contrato de arrendamiento y en particular en relación con el de bienes inmuebles para vivienda urbana, tenemos

¹¹⁷ Ley 820 de 2003. Artículo 4

¹¹⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 475.

que se trata de un negocio jurídico de común uso en general, por medio del cual una o más personas, en forma individual o compartida, adquieren a través del pago de un precio, el uso de un bien de quien otra persona, es propietario.

2.5.2. FINALIDAD:

- La satisfacción del deber esencial de la vivienda a la familia, como núcleo de la sociedad.
- Permite el goce del bien inmueble a un arrendatario para su vivienda.
- Recibir la renta mensual, como contraprestación
- Se transfiere un derecho personal

Básicamente tenemos entonces, que la principal finalidad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles de vivienda urbana tiene doble vía: Para el propietario, su objetivo es la cesión de una parte del derecho de dominio cual es el usufructo del bien a cambio de un precio y para el arrendatario, es el uso de un bien que no es propio a cambio del pago de un canon mensual como retribución del servicio.

2.5.3. REGULACIÓN LEGAL:

La normatividad jurídica aplicable, para todas las consecuencias de este contrato de arrendamiento para vivienda urbana, se rige, a través de:

- Decreto 2923 de 1977
- Ley 14 de 1983
- Ley 56 de 1985
- Decreto 1919 de 1986
- Decreto 1816 de 1990
- Decreto 2153 de 1992
- Decreto 2223 de 1996

- Ley 820 de 2003
- En general, por todas las disposiciones del Código Civil (Título XXVI)y Código de Procedimiento Civil

2.5.4. LAS PARTES Y SUS OBLIGACIONES

“El contrato de arrendamiento de inmueble para vivienda al ser un negocio jurídico de administración cuando el derecho especialmente la propiedad, no se transmite, ni se grava o se limita, simplemente se trata de ejercer la facultades de uso o goce, o de mejorarlo o de conservarlo”¹¹⁹ y todos los deberes que implica que se ejecuten para cumplir su propósito, esto quiere decir que el contrato de arrendamiento impone prestaciones para los sujetos intervinientes correlativas a derechos.

Se conoce como arrendador, al sujeto que participa en el contrato de arrendamiento de cosas y es quién permite el uso o goce del bien inmueble para vivienda urbana, en este caso especial, pues es el propietario o mandatario del bien inmueble, es decir; tiene el legítimo poder y capacidad para poder disponer del objeto que es arrendado. Participa en esta relación contractual, otro sujeto conocido como arrendatario o inquilino, quién se caracteriza porque es la persona que adquiere el bien en arriendo para su habitación o vivienda a cambio de un precio, que es acordado por las partes.

Entonces, en el contrato de arrendamiento intervienen dos sujetos; uno es el arrendador y el otro es el arrendatario, cada uno tiene obligaciones diferentes y especialmente manifestadas en nuestra legislación, con el fin de procurar el goce o uso del bien inmueble y correspondientemente, una utilidad económica representada en dinero. Estas cargas legales, que se les imponen a unos y otros, se encaminan a que las relaciones contractuales se coloquen en pie de igualdad jurídica.

¹¹⁹ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. De los Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Edición Sexta. Bogotá, 1985. pág 211.

2.5.4.1. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR:

Aduciendo a lo manifestado, el arrendador es la persona encargada de satisfacer el derecho que tiene el arrendatario de gozar o usar el bien inmueble para vivienda urbana, en posesión quieta y pacífica.

Lo consignado en el Código Civil, refleja que existen unas obligaciones esenciales en el contrato de arrendamiento en general, para el arrendador, como unas obligaciones particulares relativas al arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios. Además de las cargas que ha impuesto el legislador en la ley 56 de 1985 y la ley 820 de 2003.

Las obligaciones esenciales que el ordenamiento civil, le ha impuesto a el arrendador, están contempladas en el Capítulo II, del Título XXVI en el Libro Cuarto, Artículo 1982, ora; “Obligaciones del arrendador. El arrendador es obligado a :

Entregar al arrendatario la cosa arrendada

Mantener en estado de servir para el fin a que se ha sido arrendada

Librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”¹²⁰

Es elemento esencial del contrato de arrendamiento, la entrega del bien, así que esta obligación principal, la abordaremos con suma atención.

2.5.4.1.1. Obligación de Entregar la cosa: Esta es la obligación principal y esencial del arrendador, en virtud del cuál nace a la vida jurídica el contrato de arrendamiento, además la ley es severa al exigir que la cosa arrendada debe ser entregada en la fecha convenida, o en la fecha de celebración del contrato; además establece que se debe entregar con todos los elementos que la integran (servicios, cosas o usos conexos), y en buen estado de servicio, seguridad y sanidad, convirtiéndose en un derecho para el arrendatario y en una causal para dar por terminado el contrato de arrendamiento en forma unilateral, que conllevaría la correspondiente indemnización de perjuicios.

Esta intención del legislador ha sido manifestada por la Suprema Corte, al afirmar que se presume el cumplimiento de las demás obligaciones, si la entrega del bien, objeto del contrato es satisfecha, “cumplida por el arrendador la obligación de entregar la cosa arrendada, las demás obligaciones de éste, tales como mantener al arrendatario en la tenencia de la cosa arrendada y privarle de toda perturbación o embarazo en el goce de ella, no requieren de ordinarios actos positivos del arrendador para su cumplimiento”, agrega la Corte “las demás obligaciones del arrendador deben presumirse satisfechas mientras el arrendatario no suministre prueba en contrario”¹²¹

TABLA 2.4. Obligación de entregar la cosa.-

CRITERIO	OBLIGACION DE ENTREGAR LA COSA
BIEN	Inmueble urbano para vivienda urbana
TITULO	Contrato de arrendamiento; documento privado.
MODO	Entrega material del bien, mera entrega, sin trasladar el dominio del bien
DERECHO	Se entrega el derecho personal de uso o goce sobre el bien
LUGAR	Sí las partes guardan silencio, por analogía se aplica el artículo 1882 del C.C. Entonces se entregará el bien en; 1) En el lugar que las partes acuerden. 2) En donde este ubicado el bien y 3) Donde debe hacerse el pago del arriendo.
PERFECCION	La entrega se efectúa válidamente, cuándo la cosa es puesta en el poder material o físico del arrendatario
ESTADO BIEN	En buen estado que permita su goce, es decir que la cosa pueda prestar la finalidad a la cuál se le va hacer uso o a destinar. Existen dos casos especiales: 1. Cuando antes de realizar el contrato ha examinado el estado del bien y

¹²⁰ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1982.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Febrero 28 de 1928.

	<p>conociendo sus fallas decide realizarlo.</p> <p>2. Cuando perfeccionado el contrato, recibe el bien no con las calidades acordadas, pero lo recibe y guarda silencio o acepta la cosa¹²² (Artículo 2033 CC)</p>
<p>INCUMPLIR LA ENTREGA EFECTOS</p>	<p>Incumplir la obligación, de entregar la cosa objeto del contrato, ocasiona perjuicios graves al arrendatario. Sus causas pueden ser:</p> <p>1. Imposibilidad de entrega: (Art. 1983) cuando por causas externas (fuerza mayor o caso fortuito) o internas (por el arrendatario, por hecho o culpa de sus agentes o dependientes) el arrendador esta en condiciones de imposibilidad de entrega del bien. Hay lugar a desistir del contrato y solicitar indemnización por perjuicios, excepto si ha sido por fuerza mayor o caso fortuito.¹²³</p> <p>2. Por mora o retardo en la entrega: (Art. 1984)¹²⁴ si la demora es por causa o hechos propios o agentes o sus dependientes y este retraso le ocasiona; una disminución notable en la utilidad del arrendador, porque el bien esta deteriorado¹²⁵ o porque cesaron las circunstancias que lo motivaron¹²⁶. Tiene derecho el arrendador a desistir del contrato y recibir indemnización por perjuicios (lucro cesante y daño emergente)</p>
<p>LEY 820/ 2003 Artículo. 8</p>	<p>1. Entregar al arrendatario en la fecha convenida, o en el momento de la celebración del contrato, el inmueble dado en arrendamiento en buen estado de servicio, seguridad y sanidad y poner a su disposición los servicios, cosas o usos conexos y los adicionales convenidos.</p>

¹²² "Artículo 2033. inciso 2 Responsabilidad limitada del arrendador...Será especialmente responsable del mal estado del edificio; salvo que haya sido manifiesto o conocido del arrendatario"

¹²³ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1983

¹²⁴ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1984

¹²⁵ "Artículo 1992. Imprudencia de la Indemnización. El arrendatario no tendrá derecho a la indemnización de perjuicios que se le concede por el artículo precedente, si contrató a sabiendas del vicio y no se obligó el arrendador a sanearlo; o si el vicio era tal, que no pudo sin grave negligencia de su parte ignorarlo; o si renunció expresamente a la acción de saneamiento por el mismo vicio, designándolo"

¹²⁶ SAENZ Luz Amanda. CABRERA, Manuel Enrique. LEAL PEREZ, Hildebrando. Contrato de Arrendamiento y Proceso de Restitución de Inmueble. Grupo Editorial Leyer. Bogotá. Pág. 41-43

	<p>2. Sí el arrendamiento se hace por escrito, debe entregar al arrendatario y a su codeudor, copia del mismo con firmas originales, en el plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la fecha de celebración del mismo. Sí el bien es una vivienda de régimen de propiedad horizontal, deberá entregar al arrendatario una copia de la parte normativa del mismo, su incumplimiento será sancionado, a petición de parte, ante autoridad competente, con multas equivalentes a tres (3) mensualidades de arrendamiento.</p>
--	---

2.5.4.1.2. Obligación de Mantener la cosa en buen estado: Es la obligación de conservación, impuesta al arrendador, Planiol y Ripert al respecto expresaron, “Mientras dura el arrendamiento, el arrendador tendrá que procurar al arrendatario el disfrute de la cosa arrendada,” pues se refiere a realizar todas las reparaciones necesarias con el fin de mantener el uso o goce del bien, fin del contrato.

Artículo 1985. Código Civil. “La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. Pero será obligado al arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provienen por fuerza mayor o caso fortuito o de la mala calidad de la cosa arrendada. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones”¹²⁷

Esta obligación, surge como el deber de mantener el goce útil que realiza el arrendatario sobre la cosa arrendada, para conservarla, evitando que desaparezca o se haga inepta la existencia de la cosa. Son en principio obligatorias las reparaciones indispensables o mejoras necesarias, mientras

¹²⁷ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis, Bogotá, 2002

que las locativas, son realizadas por el arrendatario para subsanar los deterioros provenientes del uso natural de la cosa.

TABLA 2.5. Mejoras a inmuebles arrendados.-

CRITERIO	CONCEPTO	EJEMPLO	EFFECTOS
MEJORAS NECESARIAS	<p>“Son las que se hacen en la cosa para impedir su pérdida o deterioro”</p> <p>“Son con el fin de mantener la integridad y su aptitud para el uso a que el arrendatario tiene derecho”¹²⁸</p> <p>El código no habla de mejoras necesarias, sino de reparaciones indispensables. Art. 2028, 2029 C.C.</p>	<p>Reparación en las tuberías, en los desagües.</p> <p>Cambio de Válvulas por fugas de gas etc.</p>	<p>El arrendatario tiene derecho a recibir reembolso por el costo de tales reparaciones. (Art.1993), pues son conservativas de la cosa y en principio el arrendador debe garantizar al arrendatario el uso y goce del bien arrendado, (Artículo 1892)”¹²⁹</p>
LOCATIVAS	<p>“Son las que aparecen por deterioros, producidos por lo común debido a culpa del arrendatario o de las personas que con él viven” Responde el Arrendatario por estas.</p>	<p>Reemplazo de cristales que se rompan.</p> <p>Conservación de puertas, ventanas y cerraduras.</p>	<p>“Tienen como fin, la conservación de la cosa en el estado en que le ha sido entregado al arrendatario”¹³⁰</p>
MEJORAS UTILES	<p>Son las que, aun cuando no sirven para conservar la cosa, aumentan sin embargo su</p>	<p>Plantío de árboles frutales.</p> <p>Construcción de</p>	<p>“Son deber del arrendador reconocerlas cuándo han sido hechas bajo su</p>

¹²⁸ Cardona Hernández, Guillermo. Contratos Civiles. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2001. Pág. 118-119.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Noviembre 17 de 1947.

¹³⁰ Salamanca, Hernán. Derecho Civil. Curso Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág 170.

	valor o renta	hornos, trapiches.	consentimiento y con la condición de ser reconocidas” ¹³¹ Art. 1994 CC
MEJORAS VOLUPTUARIAS	“Son las que ni contribuyen a la conservación de la cosa, ni aumentan el valor o renta, sino que sólo sirven de adorno, lucimiento o recreo” Aumentan el lujo y recreo.	Las pinturas. Fuente Ornamental Trabajo decoración	El arrendador no está obligado a pagarlas al inquilino, que sólo tendrá el derecho de llevarse los materiales de las mejoras, siempre que pueda separarlas sin detrimento del bien arrendado y que el arrendador rehúse pagarle el precio que tendría dichos materiales después de separados. Art. 967, inciso 1 y Art. 966, inciso final CC)

La ley impone al arrendador la obligación de hacer las reparaciones necesarias, es decir, aquellas sin las cuales la cosa desaparece o se destruye, o no sirve para el uso a que se destina. Por el contrario, las reparaciones locativas son a cargo, salvo estipulación en contrario, del arrendatario, es decir aquellas especies o clases de deterioros que ordinariamente se producen por el uso normal de la cosa, como descalabros de las paredes, cercas, rotura de cristales etc. El arrendador en casos excepcionales, de fuerza mayor o caso fortuito o por mala calidad de la cosa, está obligado a

responder por las reparaciones locativas, todo esto con el fin de mantener en estado de servir la cosa arrendada.

Se entiende por mejoras útiles, las que hayan aumentado el valor venal de la cosa, que no siendo indispensables, aumentan su rentabilidad, la Corte sobre este asunto se pronunció “El arrendador no tienen obligación de pagar al arrendatario el costo de las reparaciones hechas en la cosa arrendada, aunque ellas sean indispensables y no meramente locativas, cuando el menoscabo que se repara no ocurre después de celebrado el contrato y durante el arrendamiento, sino que existe de un modo manifiesto desde antes de constituirse aquél, pues en tal caso se supo en que el arrendatario quiso la cosa en el estado en que se encontraba cuando contrató, estipulando como más le conviniera.”¹³²

Sin embargo, quién ha edificado, reparado, mejorado con autorización del dueño del inmueble, tiene derecho a obtener el pago de esta reparación o mejora, pues “Es en obediencia del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse sin causa y a expensa ajena, como se establece a favor de quien edificó, plantó y sembró con asentimiento del dueño, tanto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago, reteniéndola”¹³³

Finalmente, respecto a las mejoras voluptuarias, el arrendador no tiene porque hacerse responsable de estas, en razón a su carácter de lujo o de especiales gustos de recreo del inquilino, las cuales pueden ser susceptibles de mala fe por parte del arrendatario

Finalmente, el legislador, ha impuesto una nueva obligación en el Artículo 8 de la Ley 820 de 2003, la cuál consiste en:

En el caso de vivienda compartida, el arrendador tiene además, la obligación de mantener en adecuadas condiciones de funcionamiento, de seguridad y de sanidad las zonas o servicios de uso

¹³¹ Salamanca, Hernán. Derecho Civil. Curso Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág. 155

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Noviembre 25 de 1982.

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Julio 27 de 1952

común y de efectuar por su cuenta las reparaciones y sustituciones necesarias, cuando no sean atribuibles a los arrendatarios, y de garantizar el mantenimiento del orden interno de la vivienda; mantener en el inmueble los servicios, las cosas y los usos conexos y adicionales en buen estado de servir para el fin convenido en el contrato.

2.5.4.1.3. Obligación de Saneamiento u obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada: Esta obligación, que quiere evitar al arrendatario molestias o dificultades que le imposibiliten o le dificulten el goce normal y cotidiano de la cosa arrendada, las cuales pueden ser provenientes del arrendador o de terceros, o por existencia de vicios o defectos en el bien. En estos casos, el arrendador debe librar y proteger al arrendatario de toda turbación o embarazo en el uso de la cosa a que tiene derecho de usar y gozar, mientras el contrato este en vigencia. Si la perturbación o embarazo, son inaplazables o permanentes, el arrendatario tiene derecho a obtener una rebaja en el canon de arrendamiento proporcional a la molestia que soporta o bien a pedir la terminación del contrato con derecho a indemnización, reconociéndose el lucro cesante y el daño emergente.

Nuestro código civil, en el artículo 1988, dice “Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño. Si es turbado o molestado en su goce por terceros que justifiquen algún derecho sobre la cosa arrendada, y la causa de este derecho hubiere sido anterior al contrato, podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en el precio o renta del arriendo para el tiempo restante.

De otra parte, si el arrendatario, por consecuencia del derecho que ha justificado un tercero, se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esa parte no había contratado, podría exigir que cese el arrendamiento. Además, podrá exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa de derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fue del arrendatario, o siendo conocida de éste, intervino estipulación especial de saneamiento con respecto a ella. Sin embargo, si la causa del referido derecho no era ni

debía ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no será obligado el arrendador a abonar el lucro cesante”¹³⁴

Tal como lo hemos repetido en el desarrollo de este capítulo del arrendamiento, el arrendador tiene como principal obligación, garantizar que la cosa dada en arriendo servirá para el uso y goce del arrendatario, “que sea idónea a ese uso por no tener vicios que la hagan desmerecer; y garantizar también que por ser dueño de la cosa o tener algún derecho sobre ella que lo autoriza para arrendar, el arrendatario no será perturbado en dicho goce”¹³⁵ de esta forma lo explicó el profesor Valencia Zea.

Los tratadistas franceses, concibieron esta obligación “dado que el arrendador está obligado a asegurar al arrendatario, por todo el tiempo que dure el arrendamiento, el disfrute pacífico de la cosa arrendada, por eso mismo no debe realizar ningún hecho personal que traiga como consecuencia la perturbación del disfrute del arrendatario.” Además, agregan una clasificación especial a la perturbación, expresando; “tiene que evitar todo acto que tenga carácter de perturbación de derecho o perturbación de hecho... tampoco podrá privar al arrendatario del uso de la totalidad de una parte de la cosa arrendada, ni siquiera cuando el arrendatario sólo posea en virtud de un término de gracia”¹³⁶

Correlativamente, la doctrina y la Corte al igual que Planiot y Ripert, han explicado la perturbación de la siguiente manera; “en cuanto a las perturbaciones que el arrendatario puede sufrir en el goce de la cosa por parte de un tercero, la doctrina distingue entre la perturbación de hecho y la perturbación de derecho”. (Con propósitos didácticos representaré gráficamente el pronunciamiento de la Corte al respecto)

TABLA 2.6. Perturbaciones al derecho y usufructo del arrendatario.-

¹³⁴ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1988

¹³⁵ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá, 1985. Pág. 233.

¹³⁶ Planiot, Marcelo. Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo X Los Contratos Civiles. Editorial Cultural. Habana, 1946 Pág. 611, 612.

PERTURBACION	RESPONSABLE	EFECTOS
<p>POR VÍA DE HECHO</p> <p>NOCION: Es cuando el arrendatario se ve inquietado en el goce de la cosa sin que el arrendador de aquella pretenda tener ningún derecho sobre ésta.</p>	<p>El arrendador no responde por los perjuicios.</p> <p>Razones:</p> <p>a) La perturbación no es por causa del derecho del arrendatario sobre la cosa arrendada ni éste toma participación alguna en la vía de hecho de que puede quejarse el inquilino.</p> <p>b) No puede responsabilizarse al arrendador por hechos negligentes por parte del inquilino en el goce de la cosa, o bien sentimientos de animadversión personal que el arrendatario inspire al autor de los hechos perturbadores.</p>	<p>“El arrendador es responsable de las perturbaciones de hecho cuando ha tomado parte de ellas con un tercero, o cuando ellas dependan de una persona que dependa de él, como un empleado o administrador”¹³⁷. A estos casos se refiere el artículo 1987</p> <p>-En este caso, el arrendatario tendrá derecho a ser indemnizado por los perjuicios ocasionados.</p>
<p>POR VÍA DE DERECHO</p> <p>NOCIÓN: Cuando un tercero con causa legítima, justifica sus derechos sobre el bien, con causa anterior al contrato. Art. 1989CC.</p>	<p>El arrendador debe responder cuándo se trata de:</p> <p>a) Evicción, porque el arrendador conocía esta situación desde antes de la celebración del contrato. Puede ser evicción parcial o total</p>	<p>Arrendatario puede exigir la disminución proporcional del arriendo por el tiempo subsiguiente (evicción parcial), <i>actio quanta minoris</i> o la cesación o terminación del contrato (la causa era conocida por el arrendador o evicción total) tendrá el arrendatario derecho al pago de todo perjuicio, daño emergente y lucro cesante.</p>
<p>POR VICIOS REDHIBITORIOS U OCULTOS EN LA COSA ARRENDADA</p> <p>NOCIÓN: Son vicios de las cosas arrendadas todos aquellos que imposibilitan el goce por parte del arrendador, los cuáles pueden ser desde</p>	<p>No hay lugar a indemnización, cuándo se tomo el arriendo así:</p> <p>-Se contrato sabiendo el vicio y no obligo a sanearlo.</p> <p>- Si el vicio era tal que el arrendatario no pudo sin grave negligencia suya ignorarlo</p> <p>-Si el arrendatario expreso renuncia a la acción de saneamiento por vicio. (Art. 1992)</p> <p><i>Requisitos Vicios redhibitorios:</i></p>	<p>El arrendador tiene derecho a pedir ante autoridad judicial competente que se declare:</p> <p>-Terminación del contrato, por la turbación o imposibilidad de uso total.</p> <p>-Resolución del contrato, si el mal estado de la cosa le impide hacer uso y goce del mismo.</p> <p>-Recibir una rebaja en el precio o renta, por la turbación parcial.</p> <p>-Derecho a recibir indemnización por el daño emergente, cuándo el vicio del bien es anterior al contrato, pero</p>

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 11 de 1954.

antes del contrato o aparezcan en la ejecución del contrato.	a)Existir al tiempo de celebrar el contrato o que aparezcan después de celebrado b)Afectar el uso o goce de la cosa, total o parcial, es de presumir si el arrendatario lo conociera no hubiera arrendado c)No los manifestó el arrendador	desconocido por las partes -Derecho a pedir Indemnización con lucro cesante, cuando el vicio era conocido con anterioridad al contrato por el arrendador
--	--	---

Pero, frente a todas estas posibles consecuencias, que pueden aparecer antes o durante la ejecución del contrato, en virtud a su especial característica de ser tracto sucesivo o de ejecución continuada, el arrendador tiene la obligación de velar y responder durante todo el contrato por el buen uso y goce del bien arrendado por parte del arrendatario, pero si por virtud a perturbaciones de derecho o de hecho o por vicios redhibitorios u ocultos o por realización de mejoras, el arrendatario esta en una situación de disminución frente al otro, el legislador ha permitido la posibilidad de retener la cosa arrendada hasta tanto no se le cubra el valor de la indemnización, este derecho de retención del arrendatario, procede en tres casos especiales:

- Cuando el arrendador adeuda al arrendatario los perjuicios que le ha causado durante el desarrollo del contrato.
- Cuando el arrendatario ha realizado mejoras útiles consentidas por el arrendador con la expresa obligación de abonarlas.
- Cuando el arrendador se obliga a pagar las reparaciones indispensables hechas por el arrendatario.

Además del derecho que tiene el arrendatario, para retener el bien arrendado, la renta es también otro elemento del cuál el arrendatario puede valerse independientemente, pues la naturaleza de este precio, "es la equivalencia entre los sacrificios y ventajas recíprocas tendido en cuenta por cada parte en el momento de contratar; en este momento, la renta estipulada, que representa el sacrificio del arrendatario y correlativamente el beneficio del arrendador, se mira por la ley, y se entiende que también por las partes, como equivalente al goce de la cosa arrendada, que constituye el beneficio

que el contrato reporta para el arrendatario y recíprocamente el sacrificio para el arrendador... así que cuándo susciten vicisitudes posteriores a la celebración del contrato, en donde se modifica el contrato inicial de arrendamiento, extinguiéndose parcialmente, implica desde luego una rebaja del precio o renta, proporcional a la parte que ha sido vendida o perturbada, pues de lo contrario el exceso de la renta carecería de la causa.”¹³⁸

2.6. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO:

Se conoce como arrendatario o inquilino, al sujeto de derecho que participa en el contrato de arrendamiento de inmuebles, recibiendo el uso y goce del bien a cambio de un precio de renta que se obliga a cancelar mensualmente, como contraprestación.

Las leyes han contemplado las obligaciones del arrendatario, mientras se ejecuta o se desarrolla, las cuales se deben cumplir cabalmente mientras dure.

El profesor Valencia Zea, dice que las obligaciones del inquilino se reducen a las siguientes:

1. Uso y goce de la cosa, según el contrato
2. Pago del precio de la renta
3. Conservar la cosa en el mismo estado que la recibió
4. Entregar la cosa al arrendador al vencimiento del contrato.

Otros autores, como Armando Jaramillo Castañeda, incluyen como obligaciones especiales del inquilino:

1. “Conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponiendo las piedras, ladrillos y tejas que durante el arrendamiento se quiebren o se desencajen
2. Reponer los cristales quebrados en las ventanas, puertas y tabiques
3. Mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras
4. Mantener las paredes y demás partes interiores del edificio medianamente aseadas
5. Mantener limpios los pozos, acequias y cañerías
6. Deshollinar las chimeneas”¹³⁹

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Abril 30 de 1970.

¹³⁹ Jaramillo Castañeda, Armando. Arrendamiento y Restitución. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.. Santafé de Bogotá, 2000. Pág. 39

De acuerdo con mi consideración personal, estimo que estas obligaciones que el tratadista Jaramillo, ha enunciado como, obligaciones especiales del inquilino, son ejemplos de las reparaciones locativas que tiene deber el inquilino de responder frente a daños por el uso y goce del bien, además por el deber de cuidado que requiere este bien, para que pueda cumplir el fin por el cuál fue arrendado. Estos ejemplos, forman parte de la obligación principal que tiene el inquilino de “Velar por la conservación de la cosa arrendada”. A continuación explicaré cada una de estas obligaciones principales consagradas en el Código Civil Colombiano.

2.6.1. Obligación de Uso y goce de la cosa, según los términos o espíritu del contrato.

El arrendatario tiene la obligación, no solo el derecho de gozar y usar la cosa, pero esta obligación hace referencia a unos límites que han sido plasmados por las partes en el contrato o bien según lo que el legislador ha explicado al respecto y la jurisprudencia ha desarrollado, sobre estos criterios especiales, de darle uso y goce a la cosa arrendada según el espíritu de su naturaleza.

El Artículo 1996 dice “El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país. Si el arrendatario contraviene a esta regla, podrá el arrendador reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, o limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo”¹⁴⁰

El legislador a través de este artículo ha querido dar un límite al uso de la cosa, el cuál ha sido arrendado para un fin determinado, en el mismo contrato por las partes, por fiel estipulación expresa de los sujetos y a falta de este, según la naturaleza de la cosa y sí es difícil discernir aún estos fines, se infiere que el fin según las costumbres del país o del lugar donde se celebros el contrato, de

¹⁴⁰ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1996.

igual forma el estudioso Guillermo Cardona, manifiesta al respecto; “el arrendatario tienen el derecho de utilizar el bien, pero debe hacerlo en un forma consciente y razonable, acomodada a ciertas pautas que se darán en cada caso particular y para ello se observarán las cláusulas del contrato, la destinación económica de la cosa y el principio de la buena fe y la costumbre del lugar”¹⁴¹

Esta obligación, obedece a un derecho que tiene el arrendatario, en virtud al derecho personal que se le ha transferido por el contrato, agrega Gómez Estrada; “la naturaleza del contrato de arrendamiento es que el arrendatario goce por sí mismo de la cosa arrendada, que no pueda disponer de sus derechos de tal, ya sea cediendo a un tercero el contrato ya subarrendado la cosa”¹⁴², salvo autorización diferente en el contrato, difiere mucho a las facultades de subarriendo y cesión que la legislación francesa, entienden son parte del contrato de arrendamiento y no necesitan cláusula o autorización especial para materializarlo

Artículo 2004. “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo”¹⁴³

TABLA 2.7. El subarriendo y la cesión del contrato de arrendamiento.-

CRITERIO	SUBARRIENDO	CESION
CONCEPTO	“Consiste en que el arrendatario parcial o totalmente, da el uso o goce de la cosa arrendada a otra persona, con las condiciones a él concedidas o con las circunstancias especiales que convenga con la tercera persona, pero	“Es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tienen contra su deudor a un tercero, que acepta y que toma el nombre de cesionario” ¹⁴⁵

¹⁴¹ Cardona Hernández, Guillermo. Contratos Civiles. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2001. Pág. 129

¹⁴² Gómez Estrada. César. Los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis. Bogotá, 1999. Pág. 216.

¹⁴³ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 2004

	manteniendo en firme las relaciones contractuales con el arrendador” ¹⁴⁴	
REQUISITO	<ul style="list-style-type: none"> - Hay dos contratos de arrendamiento relativos a la misma cosa, el celebrado entre el arrendador y el arrendatario y el celebrado entre éste y el subarrendatario. - Autorización expresa del arrendatario 	<ul style="list-style-type: none"> - “Autorización del arrendador para aceptar el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria original, por uno nuevo, en razón a los derechos y obligaciones que nacen, y deben ser garantizadas”¹⁴⁶ - Entrega del bien para el uso y goce del cesionario, por el cedente o arrendatario
PARTES	<ul style="list-style-type: none"> - Arrendador - Arrendatario, quién a su vez es subarrendador del subarrendatario - Subarrendatario 	<ul style="list-style-type: none"> - Cedente; en este caso, es el arrendatario - Cesionario, quién reemplaza en derechos y obligaciones al arrendatario inicial - Deudor, que para facilitar su comprensión es el mismo arrendador
DURACIÓN	El contrato de subarrendamiento, es un contrato derivado del contrato de arrendamiento, por lo tanto esta supeditado a la duración y condiciones del contrato de arrendamiento.	En virtud a que el nuevo arrendatario o cesionario, reemplaza a el arrendatario inicial en derechos y obligaciones El contrato durara el tiempo que se había pactado inicialmente en el contrato, o bien las partes pueden extender el término, con derecho a ser prorrogado.
EFFECTOS	El arrendador principal carece de acción contractual frente al subarrendatario y viceversa <ul style="list-style-type: none"> - Sí se ha subarrendado, sin autorización del arrendatario, este puede pedir; la terminación del contrato y pago de perjuicios o sólo el pago de perjuicios. 	El arrendador puede interponer todas las acciones al cesionario y viceversa, pues el contrato de arrendamiento subsiste con sujeto diferente al del inicio del contrato. <ul style="list-style-type: none"> - Sí se hizo la cesión, sin cumplimiento de los requisitos, la cesión es nula, inexistente. - El arrendador puede solicitar la terminación del contrato y pago de perjuicios causados

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Mayo 5 de 1941

¹⁴⁴ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002. Pág . 403

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Febrero 25 de 1953

Cuándo el arrendatario contraviene a la finalidad permitida para usar la cosa, es decir le da un uso indebido o no permitido por el arrendador, este puede solicitar la terminación del contrato y el derecho a ser indemnizado en los perjuicios causados, o tan sólo que se le indemnice y se limite el uso al pertinente subsistiendo el contrato de arrendamiento.

2.6.2. Obligación de Pagar el precio de la renta.

Esta es la principal obligación del arrendatario en el presente contrato, pues realiza la contraprestación al uso y goce, además es la materialización de la característica onerosa del contrato, que lo diferencia de otros negocios jurídicos, el autor Bonivento Fernández, declara que “pagar el precio es la obligación natural del arrendamiento, ya que sin este elemento no se puede hablar de contrato para el arrendador, por cuanto entrega una cosa, para su uso, con el propósito de obtener, en cambio, una renta.”¹⁴⁷ De la misma forma la Corte Suprema ha expresado la importancia del cumplimiento de esta obligación en sentencia de febrero 25 de 1976 así: “no obstante que el art. 1973 expresa que en el contrato de arrendamiento el arrendatario debe pagar un precio determinado, es lo cierto que según su naturaleza y las normas legales que lo regulan, basta con que dicho precio sea determinable. Lo esencial es que haya precio, el cual pueda consistir en dinero y cuya fijación se puede hacer por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen”¹⁴⁸.

Art. 2000 “El arrendatario es obligado al pago del precio o renta. Podrá el arrendador, para seguridad de este pacto y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenciere, y se entenderá que le pertenece, a menos de prueba contraria”¹⁴⁹.

De esta consagración legal, encontramos que se le ha otorgado al arrendatario una herramienta, para garantizar que recibirá el pago del precio, por permitir el uso y goce del bien inmueble. Este

¹⁴⁷ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002. Pág . 405

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 25 de 1976

derecho que se le concede, conocido como derecho de retención, con el que “el arrendador podrá para seguridad del pago del precio o renta, así como del as indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y de todos los objetos con que el arrendatario haya amueblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren”¹⁵⁰. Pero la naturaleza jurídica de este derecho, pertenece para aquellos eventos, en que los bienes del deudor están en poder del acreedor, en este caso aunque el deudor conserva los bienes en el inmueble del acreedor, este no puede disponer de ellos y retenerlos para obligar al arrendatario a que pague la deuda que ha nacido en virtud de su incumplimiento, así que es difícil en la práctica utilizar este derecho de retención en el contrato de arrendamiento, pues deberá primero ejercer otros actos ante autoridad competente, para poder lograr el secuestro o embargo de estos bienes y de esta forma garantizar el pago. El tratadista César Estrada agrega; “por regla general, el derecho de retención se ejerce sobre cosas del deudor que tiene en su poder el acreedor, pues en el artículo 2000, ocurre la particularidad de que el derecho de retención ha de ejercerlo el arrendador sobre cosas que no tiene en su poder sino que, por el contrario, se encuentran en poder del mismo deudor... no sobra aquí recordar el dicho popular según el cual “guerra avisada no mata soldado””¹⁵¹

Igualmente, el legislador es precavido y consagra una solución en caso de controversia de las partes para acordar el precio del bien, el artículo 2001 ora; “si entregada la cosa al arrendatario hubiere disputa acerca del precio renta, o por una o por otra parte no se produjera prueba legal de lo estipulado en este respecto, se estará al justiprecio de peritos, y los costos de esta operación se dividirán entre el arrendador y arrendatario en partes iguales”¹⁵². Este precepto jurídico es muy claro, pues se ha querido que en ausencia de acuerdo de las partes, respetando el principio de autonomía privada de los sujetos contractuales, se remitirá a dirimir esta controversia respecto a la determinación de la renta a pagar, a través de peritos, quienes darán su dictamen y este será asumido por las partes, para cumplir la obligación del pago, es este elemento parte de la esencia del

¹⁴⁹ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 2000.

¹⁵⁰ Saenz, Luz Amanda. Cabrera, Manuel Enrique. Leal Pérez, Hildebrando. Contrato de Arrendamiento y Proceso de restitución de Inmueble. Editorial Leyer. Bogotá 1999. Pág. 67, 68

¹⁵¹ Gómez Estrada. César. Los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis. Bogotá, 1999. Pág. 209

¹⁵² Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 2001

contrato, sin este el contrato no produce efecto alguno. “Cuando ya el arrendador ha entregado la cosa al arrendatario a cambio de un precio, aunque éste no se haya determinado, el contrato queda perfecto porque existe acuerdo en cuanto a cosa y precio y respecto de las prestaciones recíprocas refrendado o confirmado con la referida entrega para que sea usada y gozada temporalmente por quien la recibe”¹⁵³.

Sobre esta hipótesis, diferentes autores y doctrinantes han participado en su explicación, de la siguiente forma; el estudioso Fernando Vélez dice: “el precio es una de las cosas de la esencia del contrato, en el artículo 2001, no es que falte el precio sino que se duda cuál sea... pero este artículo solo es aplicable en el evento en que la cosa haya sido entregada materialmente al arrendatario, en esta situación no cabe duda que el contrato se ha celebrado”¹⁵⁴ Es pues importante, delimitar la aplicación de este artículo, pues solo es dable utilizarlo cuándo el contrato ha sido celebrado, el cuál se supone, cuando la entrega de la cosa que se da en arrendamiento, o en otras palabras, se efectúa válidamente cuando la cosa es puesta en el poder material y físico del arrendatario, y aunque no se haya determinado el precio, las partes han consentido que existe un valor monetario que representara el costo del uso del bien.

Entonces en el caso, en que conjuguen estos preceptos que le dan origen a la hipótesis planteada, se recurre a peritos, para que con su avalúo se determine el elemento oneroso del contrato, esencial de su existencia y validez.

Posteriormente el legislador ha dado unas pautas para conocer el momento y lugar de cumplimiento de esta obligación, cuando las partes han guardado silencio, “el pago del precio o renta se harán en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen: la renta de predios urbanos se pagará por meses, la de predios rústicos por años”¹⁵⁵. Así que en arrendamiento de vivienda urbana, el

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 25 de 1976

¹⁵⁴ Vélez, Fernando. Edición sobre el Derecho Civil Colombiano. Editorial París-América. Tomo VII. Numeral 490 y 537

¹⁵⁵ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 2002

pago de la renta será mensual, y su duración será hasta cuando expire el término que se estableció en el contrato, o cuando por culpa del arrendatario se de vencimiento o en virtud al desahucio. En estos últimos casos operan el pago de perjuicios por indemnización.

Nuestro Código nada dice respecto a quien debe hacerse el pago, pero se entiende que debe hacerse directamente a la persona contratante o a la que ésta designe, contractual o extracontractualmente. Pero ese pago no puede siempre tener ocurrencia como sucede en el caso de que el arrendador no quiera recibir el pago de la renta, y por tal se autoriza al arrendatario a pagar mediante consignación en entidad judicial autorizada, pero para que el recibo de consignación se entienda como valido y se acepte como pago de la renta, debe escribirse el nombre del arrendador o su representante, dirección precisa del inmueble, nombre del arrendatario, valor y fecha clara.¹⁵⁶

En el caso, en que el arrendatario no cancele el precio en el término convenido o plazo de la ley acordado, se debe constituir en mora. La mora tiene dos elementos, el retardo y la reconvención. El retardo es el atraso del deudor en el cumplimiento de su obligación de pagar la renta, cuando esta se ha hecho exigible y la reconvención es el requerimiento o reclamo judicial o extrajudicial, que el acreedor le hace al deudor para que ejecute la prestación debida. Este requerimiento consiste en una notificación al deudor o arrendatario en mora, para que realice el pago.

La ley 820 en el Artículo 8, impone el deber “de pagar a tiempo los servicios, cosas o usos conexos y adicionales, así como las expensas comunes en los casos en que haya lugar, de conformidad con lo establecido en el contrato”¹⁵⁷. Esta nueva consagración y protección al arrendador, pues este era obligado al pago de la renta, pero el pago de los servicios, usos conexos y adicionales, se suponía que debía el pago a este consumo, presentándose enormes inconvenientes pues los arrendatarios no cancelaban los recibos por los servicios domiciliarios, la cuenta del teléfono, las cuotas de administración etc. Entonces, el legislador ha querido imponer esta carga al arrendatario de manera clara y expresa, para que se obligue desde el principio, sin que haya lugar a dudas.

¹⁵⁶ Jaramillo Castañeda, Armando. Arrendamiento y Restitución. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2000. Pág. 35.

Esta obligación del arrendatario, subsiste “mientras permanezca obligado a pagar la renta no solo durante la vigencia del contrato, sino durante todo el tiempo que mantenga la cosa en su poder y hasta la efectiva restitución de ella al arrendador, luego de terminado el contrato por cualquier causa”¹⁵⁸ El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la terminación del contrato y al pago de perjuicios, las partes pueden libremente acordar que el no pago de la renta, produce la terminación del contrato y cuando este hecho acontezca, la terminación surge en derecho.

2.6.3. Obligación de Velar por el Cuidado del Bien

Si el arrendatario no vela por la conservación de la cosa, se entiende que está incumpliendo el contrato, el cual surtirá el efecto de dar por terminado el contrato por grave y culpable deterioro del bien, en razón a su responsabilidad de mantener el bien en el estado en el que ha sido entregado.

Para cumplir esta obligación el arrendatario debe hacer las reparaciones locativas sobre la cosa con excepción de la que sobrevengan por fuerza mayor, caso fortuito o mala calidad de la cosa, que están a cargo del arrendador.

Esta obligación de buen padre de familia que impone el legislador, se refiere expresamente al “deber de usar y gozar la cosa conforme que no sufra deterioro que la haga desmerecer, debiendo el arrendatario realizar las mejoras cuya finalidad es conservar en el mismo estado en que la recibió”¹⁵⁹

El incumplimiento de este deber, impone como consecuencia, indemnización de perjuicios sí es grave y la terminación del contrato sí el arrendador lo considera

Sobre este asunto el artículo 1997 manifiesta: “el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Faltando a esta obligación, responderá por perjuicios;

¹⁵⁷ Ley 820 de 2003. Artículo 8. Numeral 3

¹⁵⁸ Gómez Estrada. César. Los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis. Bogotá, 1999. Pág. 207

¹⁵⁹ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá, 1985. Pág. 239

y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, y en el caso de un grave y culpable deterioro”¹⁶⁰

Con relación a esta consagración legal, la ley 820 del 2003, en el numeral 2 del artículo 9, enumera una obligación más para el arrendatario, de la siguiente manera: “cuidar el inmueble y las cosas recibidas en arrendamiento. En caso de daños o deterioros distintos a los derivados del uso normal o de la acción del tiempo y que fueren imputables al mal uso del inmueble o a su propia culpa, efectuar oportunamente y por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias. En caso de vivienda compartida y de pensión, el arrendatario está obligado además a cuidar las zonas y servicios de uso común y a efectuar por su cuenta las reparaciones o sustituciones necesarias, cuando sean atribuibles a su propia culpa o, a la de sus dependientes”¹⁶¹

Así que se le impone al arrendatario la carga de cuidar, conservar y mantener el bien como si fuera propio, haciendo el uso debido del bien y cuidado pertinente, para cumplir con esta obligación, del cuál no es solo el arrendatario responsable por sus propios actos, sino también es responsable de los daños o deterioros que la familia que habita, su huésped o dependientes, puedan realizar, alterando el bien, entonces el arrendatario debe reparar esta mengua propios del uso cotidiano y con ausencia de mala fe.

“La ley coloca al arrendatario en una situación muy desventajosa frente al arrendador, pues presume que la pérdida, deterioro o destrucción ha ocurrido por culpa del arrendatario” ¹⁶² En estas circunstancias, la jurisprudencia ha explicado “El artículo 2005 del C.C., especial en el contrato de arrendamiento, pesa sobre el arrendatario la presunción de culpabilidad. Recae entonces sobre su responsabilidad, destruir esa presunción probando que la paridad no sobrevino por su culpa ni por la de sus huéspedes o dependientes, es decir, acreditar que empleó la diligencia o cuidado ordinario o mediano en la conservación de la cosa, pues esa clase de diligencia que es la opuesta al descuido

¹⁶⁰ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1997

¹⁶¹ Ley 820 de 2003. Artículo 8. Numeral 2 y 4.

¹⁶² Gómez Estrada. César. Los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis. Bogotá, 1999. Pág. 211

ligero que corresponde a un buen padre de familia”¹⁶³. En esta hipótesis, la doctrina ha contemplado la necesidad de la prueba, conocida como “ausencia de culpa”, estimo la corte: “la “prueba de “ausencia de culpa” suya podía de llegar el arrendatario por dos caminos; o por medios positivos, demostrando el caso fortuito o la fuerza mayor productores del daño, o por medios negativos, demostrando una serie de hechos que eliminen “sucesiva y completamente de la conducta de un individuo, sino todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial de que se trata”⁶¹

Artículo 2005 inciso 2 y 3 “Si no constare el estado en que le fue entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario. En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de su huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable”¹⁶⁴

2.6.4. Obligación de Restituir el bien arrendado al terminar el contrato.

En virtud del artículo 2006, se consagra como regla general, que prueba la restitución del bien inmueble así: “la restitución de la cosa raíz se verificará desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole las llaves, si las tuviera”

En concordancia el artículo 2005: “El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento. Deberá restituirla en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos”¹⁶⁵

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 4 de 1952

¹⁶⁴ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 2005

En razón a las normas traídas a colación esta restitución no se limita a la desocupación del inmueble sino que, además es preciso que se haga la entrega al arrendador, simbólicamente de las llaves del inmueble además de entregarlo en el estado en que le fue entregada teniéndose en cuenta, eso sí, los deterioros por el uso y goce legítimos.

Esta obligación se desprende del carácter temporal del contrato de arrendamiento, consecuentemente el derecho personal de uso y goce es también temporal y al ser el arrendatario mero tenedor del bien no puede en ningún momento perpetuar su uso, así que al terminar el contrato es obligación del arrendatario restituir la cosa arrendada, bien sea por causas legales o por incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, en cuyo caso hay lugar al pago de perjuicios y el lucro cesante se calcula según el número de cánones que faltan por causarse hasta la terminación normal estipulada por las partes al inicio del contrato.

Sí el arrendatario no quiere entregar el bien que tiene en su poder, debe requerirse en mora (Art. 90 C.P.C.) o ejercer la acción de lanzamiento a través de procedimiento abreviado ante juez de la república.

De forma tal que no basta con el vencimiento del término convenido, para que el arrendatario se constituya en mora de restituir la cosa arrendada, sino que el artículo 1007, exige que el arrendador requiera al arrendatario. Si a pesar del requerimiento no se restituye la cosa deberá resarcir perjuicios al arrendador, por la mora y demás que se produzcan con la injusta detentación. No es indispensable que el requerimiento sea judicial.

Pero si en el contrato de arrendamiento, el arrendatario renunció al requerimiento, no será necesario hacerlo. Una vez que se vence el término, o se hace el desahucio, se constituye en mora el arrendatario de restituir la cosa arrendada.

¹⁶⁵ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 2005, 2006.

Los efectos de la mora de restituir la cosa arrendada, se contemplan como el derecho del arrendador para exigir el pago de perjuicios el cuál goza de dos acciones para materializarlo;

1. Acción personal, la que tiene como fin pedir la terminación del contrato y obtener por esa vía la restitución de la cosa
2. Acción de dominio o de reivindicación; es cuando el arrendatario desconociendo el contrato pretenda alegar dominio o posesión de la cosa.

El termino del contrato expira cuándo la cosa se ha destruido total o parcialmente de tal manera que no es posible cumplir su fin, o cuándo el término que se estipulo por las partes ha terminado, o por extinción del derecho del arrendador, o por sentencia del juez en circunstancias de; insolvencia o muerte del arrendatario, pacto de no enajenación de la cosa, o embargo de la cosa arrendada.

2.7. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El ordenamiento positivo colombiano, ha dispuesto que existan unos elementos esenciales como requisitos indispensables para que el contrato de arrendamiento nazca a la vida jurídica, es decir para que el contrato sea valido. También ha contemplado unos elementos naturales, los cuales son inminentemente parte del contrato de arrendamiento de inmueble, así las partes no lo discutan en el contrato y finalmente, la facultad que tienen las partes para decidir libre y autónomamente diferentes aspectos del contrato, siempre que estos no alteren el orden social y las buenas costumbres.

Para el tratadista Hernán Salamanca, “Los elementos generales son los siguientes:

1. Dar una cosa en goce temporal a otro. Este goce es temporal, porque el usufructo perpetuo invertiría el orden de los derechos que se constituyen por medio del arrendamiento y del derecho de propiedad, y vendría a equipararse con la enajenación.
2. Puede también versar sobre la obligación de ejecutar una obra o prestar un servicio

3. En compensación de este goce, obra o servicio, surge la obligación de pagar un precio; precio que en distintos casos toma denominaciones especiales; renta si se trata de arrendamiento de cosas, salario si es servicios, canon si es de inmuebles
4. Debe existir un consentimiento como elemento esencial que es del nacimiento de la obligación. Consentimiento sobre el bien inmueble y el canon de arrendamiento”¹⁶⁶

Estos elementos esenciales, se desprenden del concepto que nos da el legislador en el artículo 1973 del código civil colombiano, en el que encontramos la necesidad de un acuerdo de voluntad entre las partes sobre un bien determinado para su uso y goce y el pago de un precio como contraprestación, pero es importante aclarar estos elementos, pues sí bien a simple vista pueden simular iguales a los elementos esenciales de la compraventa, pero esto difiere en la función y el fin de los mismos, entonces a continuación examinaremos esos aspectos característicos y diferentes a la compraventa, con el fin de delimitarlos y concretizarlos.

2.7.1. Elementos Esenciales:

Como se adujo en la conceptualización del contrato de arrendamiento, cuándo nos referimos al artículo 1973 del Código Civil, mencioné, que era elemento primordial del contrato; la cosa, el precio y el consentimiento. Sin estos el contrato de arrendamiento no sería posible, pues si llega a faltar el precio, el contrato sería una comodato o si falta el uso o goce de la cosa, podría ser una donación, de tal forma, es indispensable la presencia de estos elementos, para que el contrato se configure en arrendamiento y no otro.

2.7.1.1. Uso de la cosa – bien inmueble:

¹⁶⁶ Salamanca, Hernán. Derecho Civil, Cuso IV Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág143

Debido a la similitud, entre el contrato de arrendamiento y compraventa, respecto a este elemento esencial, el legislador dispuso que se aplicara por analogía lo dispuesto en los artículos de la compraventa, respecto a los bienes (Artículo 1870C.C.).

TABLA 2.8. Cosa – bien inmueble.-

CRITERIO	COSA - BIEN INMUEBLE
Concepto	Son llamados también bienes raíces. “Son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro y las que se adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, las casas, los árboles” ¹⁶⁷ Este bien se ha incorporado físicamente al suelo o la tierra, siendo imposible su separación porque se destruiría su forma o su sustancia.
Función	Esta determinada cosa, debe ser un bien inmueble destinado para vivienda temporalmente, es decir para que sea habitada por una persona, una familia o varias por un plazo determinado, en la cuál se ejerza el derecho personal que posee el arrendatario de uso y goce pacífico del bien.
Características	<ul style="list-style-type: none"> • “Debe existir al momento en que se celebre el contrato o estar sometido a condición, sino existe. • Debe ser susceptible de gozar, para cumplir su finalidad • El arrendamiento de este bien debe ser permitido legalmente y por el comercio. “Cosas corporales o incorpóreas. Incluso hasta la cosa ajena”¹⁶⁸ como derechos personales; subarriendo, patentes, derechos de autor, good will, hasta bienes en litigio y embargados.”¹⁶⁹ • Debe ser realizado el contrato, por persona capaz
Permitidas para arrendar	<ul style="list-style-type: none"> • “Cosas corporales muebles e inmuebles. También Iglesias y cementerios, siempre que sea para realizar los fines por los cuáles son hechas. • Cosas no consumibles, no fungible • La cosa ajena, que ha sido después ratificada por su dueño o titular, confiere al arrendatario derechos de tal desde la fecha del contrato”¹⁷⁰
No Permitidas Art. 1974 CC	<ul style="list-style-type: none"> • “Bienes consumibles, en razón a la esencia del arrendamiento que es el goce del bien, con la obligación de devolver el mismo bien al vender el término. • Derechos estrictamente personales o personalísimos (uso o habitación, servidumbre, derecho alimentos etc.) • Bienes de uso público o patrimonio nacional • El subarriendo no está permitido, salvo que el arrendador, autorice

¹⁶⁷ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 656

¹⁶⁸ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1974

¹⁶⁹ Salamanca, Hernán. Derecho Civil, Cuso IV Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág. 146 y 147.

¹⁷⁰ Zea, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá, 1985. Pág 227 y 228

	expresamente al arrendatario el permiso para subarrendar el bien que este adquirió en arriendo" ¹⁷¹
--	--

Respecto a este elemento, en relación al contrato de arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana, es el propósito de este bien, el cuál debe ser inmueble o bien raíz, debe ser para destinarlo a la vivienda, donde el arrendatario deberá residir en la misma, al menos mantenerla abierta, asegurar su ventilación, realizar lo debido para mantener el inmueble en buen estado de conservación, mientras se hace uso del mismo por un tiempo determinado, pues es un derecho personal el transferido.

2.7.1.2. Precio, Renta o Canon de Arrendamiento

“La convención debe tener una relación de equivalencia entre los sacrificios y ventajas recíprocas tenidos en cuenta por cada parte en el momento de contratar; en este momento, la renta estipulada, que representa el sacrificio del arrendatario y correlativamente el beneficio al arrendador, se mira por la ley, y se entiende que también por las partes, la equivalencia al goce de la cosa arrendada, que constituye el beneficio que el contrato reporta para el arrendatario y recíprocamente el sacrificio del arrendador”¹⁷²

Este elemento esencial del precio, tiene las mismas características que estudiamos en el contrato de compraventa, la diferencia radica en que este precio es con el fin de satisfacer una contraprestación de derecho personal de uso, mientras que la compraventa es una contraprestación al derecho de dominio que ha adquirido. Pero a diferencia con la compraventa, en el caso de arrendamiento de inmuebles, el pago del precio es en dinero aunque el legislador permite el pago en frutos o especie, pero la costumbre en el contrato de arrendamiento de inmueble para vivienda urbana, consiste en cancelar el canon siempre en dinero, en cambio en la compraventa, es común que las partes

¹⁷¹ Salamanca, Hernán. Derecho Civil, Cuso IV Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág. 148 y 149

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970.

acuerden una parte en dinero y otra en especie. Esta forma de pago es más aceptada por la costumbre y en el ejercicio cotidiano del contrato, aunque con la salvedad de que si ocurre en su totalidad en especie, estaríamos ante otro instituto jurídico como es la permuta. Además este pago de renta se hace mensualmente hasta que el contrato se termine, pues es un contrato de naturaleza temporal y tracto sucesivo, mientras que la compraventa es un solo pago por el valor comercial del bien, por una sola vez. El autor Gomez Estrada afirma: “sin el precio que se obligue a pagar el arrendatario al arrendador, no puede haber arrendamiento, pues se configura otro contrato diferente. En el lenguaje ordinario, el precio que paga el arrendatario se llama canon, lo cual para algunos es un error teniendo en cuenta el Art. 1975 inciso 2 que denomina renta, al precio periódico de pago por arriendo”¹⁷³

Existen unos casos concretos, en los que las partes; arrendador y arrendatario no tienen que acudir ante autoridad competente para obtener la rebaja o disminución del canon o renta de arrendamiento, estos casos son:

1. Artículo 1986, inciso 2 CC, para atender a reparaciones “que no pueden sin grave inconveniente diferirse”, se hace necesario hacer en la cosa arrendada obras o trabajos que turben o embaracen el goce de ella por el arrendatario, “será éste obligado a sufrirlas, aun cuando lo priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuera”
2. Artículo 1988, inciso 2 CC, a propósito de la evicción en el arrendamiento, que si éste fuere parcial “podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en el precio o renta del arriendo para el tiempo restante”
3. Artículo 1990, inciso 2 CC, que si por razón del mal estado de la cosa se viere el arrendatario impedido parcialmente para gozar de ella, “decidirá el juez o prefecto, según las circunstancias, si debe concederse una rebaja del precio o renta”

¹⁷³ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. Pág. 189,190

4. Artículo 2018, numeral 3, que en caso de expropiación parcial de la cosa arrendada habrá lugar a aplicar el artículo 1988 que se citó.”³⁰

También puede variar la renta en el arrendamiento, cuando se permite ajustar este valor, después de doce meses de estar en vigencia el contrato, aumentándolo hasta el 90% del valor de inflación, pero este valor no puede exceder el 1% del valor comercial del bien, que se calcula como máximo dos veces el valor del avalúo catastral, mientras que por el contrario, la compraventa es el precio comercial del bien, que puede ser hasta dos veces el valor del avalúo catastral.

“Ordinariamente, el precio del arriendo es la suma que en dinero expresa el equivalente al uso o goce sobre un bien.” continua Valencia Zea “la determinación del precio en el arrendamiento debe hacerse en la misma forma que en la compraventa Si no se determina antes que el arrendamiento entre en el goce de la cosa.”¹⁷⁴ entonces no es necesario que el precio este determinado claramente en cifras por las partes, es suficiente con el simple acuerdo de los sujetos en hacer un pago, por el uso del bien recibido y el de recibir un precio por permitir el uso de el bien a un tercero, llamado arrendatario. En caso de discrepancia respecto a este, celebrado el contrato, se resuelve según el artículo 2001 del Código Civil, a través de peritos, con su dictamen pericial sobre el precio estimado por ellos en virtud a las cualidades profesionales que posee el perito, puede decir la aproximación justa del precio de renta.

Respecto a los elementos, características, y aspectos del precio, estos se entiende igual que la compraventa, como indica el artículo 1976 dice: “El precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de compraventa”¹⁷⁵

2.7.1.3. Consentimiento de las Partes

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970

¹⁷⁴ Zea, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá, 1985. Pág 229, 228

¹⁷⁵ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1976

El arrendamiento es un contrato consensual, lo cual indica que se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades de las partes, en cuanto a cosa y precio. Este contrato surte efectos desde el mismo momento en que se expresa la voluntad de arrendar y de pagar un precio como correlativa obligación al de permitir el uso y goce del bien. En relación a lo estudiado, es perfecto el contrato cuando se permite la entrega física y material del bien previamente acordado al arrendatario y este detenta el bien en su poder con la posibilidad de usarlo conforme al fin establecido por el contrato, sin que haya sido determinado el precio ese momento por las partes, basta con que los sujetos; arrendador y arrendatario hayan pactado el pago de un precio por este uso y goce. Así que, con la mera entrega de tenencia al arrendatario, el contrato se entiende perfecto, pues este surte efectos al momento de la expresión de voluntad manifiesta sobre acuerdo en el precio y bien a arrendar, el cual se materializa cuándo el arrendatario recibe físicamente el bien, objeto del contrato con la obligación de pagar un precio a cambio de este goce y uso.

El consentimiento se rige en virtud al artículo 1502, igual que en el contrato de compraventa, el cuál debe estar libre de vicios, como fuerza, dolo y error.

2.7.2. Elemento Natural

Al respecto de la naturaleza del contrato, pertenece a esta, el pago del perito para determinar el precio de la renta, cuándo las partes después de celebrado el contrato, no están de acuerdo con el valor mensual a cancelar. El artículo 2001 del código civil, dice ser elemento natural del contrato, el pago de este dictamen pericial, que se hará en partes iguales por las partes, arrendador y arrendatario, pero es susceptible de que alguna de las partes se obligue ante la otra al pago total.

Existen más elementos naturales del contrato arrendamiento, pero simplemente enunciare algunos como; las mejoras locativas, comunicar al arrendador cualquier perturbación o daño grave que pone en riesgo el uso y goce del inmueble, entre otros.

2.7.3. Elemento Accidental

En virtud a la consensualidad típica y características del contrato de arrendamiento, es dable que las partes decidan pactar el contrato por escrito, lo cuál será con meros fines probatorios y por seguridad entre la relación contractual de las partes, pero no es requisito para que el contrato produzca efectos jurídicos.

También es elemento accidental, la cláusula que la partes pactan, en la que el arrendador autoriza al arrendatario para subarrendar el bien conforme al uso y goce que el detenta. En concordancia con el artículo 2004.

Finalmente, todas aquellas cláusulas especiales que imponen cargas, derechos al arrendador o arrendatario, no contempladas en el código, tales como la terminación del contrato en pleno derecho, cuándo el arrendatario no paga el precio de renta por 2 veces consecutivas, sin necesidad de desahucio y con derecho al arrendador a recibir pago de perjuicios, esto es al libre albedrío de los sujetos.

2.7.4. CARACTERÍSTICAS

Este contrato de arrendamiento de vivienda urbana, coincide con la mayoría de las características del contrato de compraventa, salvo la solemnidad, los derechos que se transfieren, su duración temporal y la forma como se cumple la obligación, manteniendo entonces grandes similitudes en esencia que básicamente aluden al tipo de bien objeto del negocio jurídico, así como sus elementos esenciales. Tal vez podríamos decir que el contrato de arrendamiento puede verse como una derivación y evolución del contrato de compraventa, como resultado de la normal adecuación de la ciencia jurídica a las cambiantes condiciones económicas y sociales.

2.7.4.1. Consensual

Se reputa perfecto por el mero acuerdo voluntario de las partes sobre sus elementos esenciales; cosa inmueble habitable, para vivienda urbana y precio determinable para la renta de arrendamiento.

En este contrato no es necesaria que la declaración de voluntad de las partes, sea supeditada a alguna formalidad o solemnidad especial de validez, para que el contrato surta sus efectos legales.

La simple conveniencia sobre cosa y precio hecha por las partes, en virtud a la libertad de autonomía contractual dirigida a satisfacer o conceder el uso del inmueble y percibir el goce del bien inmueble objeto del contrato, representado en dinero. (Artículo 1500 del Código Civil en concordancia con el artículo 3 de la Ley 56 de 1985)

“Sin embargo las partes pueden voluntariamente, convenir en que se otorgue por escritura pública o privada y aun condicionar a esa circunstancia su perfeccionamiento; pueden también pactar arras”¹⁷⁶ pero, el legislador no condiciona su validez a lo que por simple voluntad de las partes han decidido solemnizar, pero este contrato escrito, bien sea ante notorio o documento privado, cumple la función de ser prueba suficiente sobre la existencia del contrato de arrendamiento.

2.7.4.2. Bilateral

Las partes; arrendador y arrendatario al acordar contratar arrendamiento de vivienda urbana, producen obligaciones a cargo de ambos contratantes que sirven de fundamento. obligándose recíprocamente, cuando el arrendatario se compromete a pagar la renta mensualmente y el arrendador a permitir el uso y el goce de la cosa, de manera pacífica y libre.

2.7.4.3. Oneroso

El arrendamiento tiene como fin la utilidad económica de ambos contratantes. El arrendatario se obliga a pagar un precio en moneda legal colombiana, el cuál ha sido fijado por las partes de común acuerdo, sin desconocer los límites legales; tales como la meta de inflación, en caso de que se

¹⁷⁶ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. Pág. 190

incluyan servicios adicionales, estos no puede superar el 50% del valor de arrendamiento del bien, el valor comercial del bien. El estado con el fin de prever abusos o especulaciones, ha tenido que intervenir, fijando reglas de orden público, con el fin de calcular un precio justo como contraprestación. Sí las partes no determinan este valor y el contrato se esta ejecutando, este precio será determinado por los peritos.

2.7.4.4. Conmutativo

Esta característica, hace referencia al equilibrio que se mantienen en la relación contractual, pues cada obligación es correlativa a un derecho y viceversa. Esta cualidad surge desde el instante mismo de su formación, cada parte esta en capacidad de entender y apreciar con exactitud las ventajas y contraprestaciones a que se obliga.

Debido a esto, el alcance de las obligaciones de las partes, están diáfananamente determinadas y descritas en el contrato realizado, pues desde el mismo momento de su pacto empiezan a surgir las obligaciones y derechos de cada contrayente.

2.7.4.5. Translativo de los derechos de uso y goce de la cosa temporal

Este derecho personal que surge de la relación jurídica, nace de la mera tenencia que se le permite al arrendatario, que en consecuencia sigue siendo el mismo poseedor de la cosa, y por ese motivo toda extinción del derecho de dominio en el arrendador extingue automáticamente el derecho del arrendatario. Esto implica que debe ser protegido los derechos que el arrendador tiene sobre el bien, ante terceros que aleguen un mejor derecho.

El derecho personal se transfiere, cuando la entrega del bien inmueble ha sido perfeccionada, es decir cuando el inquilino, pueda disponer materialmente del mismo, “pero es un derecho de goce

temporal porque no se concibe un arrendamiento en que el goce sea perpetuo. Esto sería incompatible con el contrato mismo y la fuerza de la perpetuidad se constituirá una enajenación a través de ese goce”¹⁷⁷

2.7.4.6. Típico y Principal

La ley colombiana lo consagra y lo crea, no necesita de ningún otro acto jurídico para que se configure y subsista. Es el contrato principal por excelencia. (Código Civil, artículo 1499).

2.7.4.7. Nominado

Tal como lo dije anteriormente, es un contrato que ha sido creado y nominado por la misma ley del código civil, en el que se le da un nombre, un concepto y una regulación especial, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, que lo hace diferente a otros contratos.

2.7.4.8. Tracto sucesivo

Cuando las partes expresan su voluntad sobre la cosa y precio, y aunque el contrato se perfecciona y comienza a ejecutarse. Aunque la cosa es entregada validamente, el contrato no se consume, pues “este genera obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya naturaleza propia impide que sean satisfechas de manera instantánea”¹⁷⁸.

A su vez, la Corte se pronunció, sobre esta característica, “El contrato de arrendamiento es de los llamados de tracto sucesivo o de ejecución continuada, los cuales se caracterizan porque el cumplimiento de las obligaciones de las partes solo es susceptible de realizarse mediante la reiteración o repetición de un mismo acto, o, en otras palabras, por la observancia permanente en el

¹⁷⁷ Salamanca, Hernán. Derecho Civil, Cuso IV Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág 149

¹⁷⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles. Ediciones Librería del Profesional, Décima Quinta Edición. Bogotá, 2002. pág 184

tiempo de una determinada conducta, única manera esta, impuesta por la naturaleza de la prestación debida, de poderse satisfacer el interés económico que indujo a las partes a contratar”¹⁷⁹ o el precio sea cubierto por cuotas o con posterioridad, significa que el contrato es de tracto o ejecución sucesiva, porque no se puede ejecutar instantáneamente, es decir; las obligaciones de las partes no se agotan, se requiere que los sujetos: arrendador y arrendatario, estén permanentemente en el cuidado de ejecutar sus prestaciones y cumplir sus obligaciones repetitivamente.

No podemos hablar de que el arrendamiento sea un contrato de ejecución instantánea, salvo que este sujeto a una condición resolutoria, sí las obligaciones de las partes se cumplen.

2.7.4.9. De libre discusión

Dentro de la libre expresión de la autonomía de la voluntad, las partes tiene la libertad de discutir los alcances, formas y condiciones del contrato, siempre que no afecten su esencia. Tales aspectos pueden ser, el precio, lugar de entrega, de pago, fechas de pago, forma de pago, todo esto en virtud del principio de la libre discusión. Pero si bien es cierto, algunas veces el arrendador fija de antemano todas las condiciones del arriendo, sin dar oportunidad a discusión, en tal circunstancia o se puede confundir con un contrato de adhesión, en razón que el arrendatario al aceptar estas condiciones, ha expresado su voluntad de estar de acuerdo.

En la práctica, encontramos que los sujetos conjugan en efectuar el pago ante entidades bancarias por consignación a favor del arrendador, de reembolso al arrendatario en caso de reparaciones necesarias etc.

2.7.5. GARANTIAS

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: César Gómez. Sentencia de abril 30 de

Así como todo negocio jurídico desde el punto de vista comercial, se efectúa con la existencia de unas mínimas garantías que permitan a las partes, principalmente al arrendador proteger su derecho de propiedad sobre el bien, del que solamente cede el uso y disfrute, en esta puntual transacción civil y comercial, observamos que en forma consuetudinaria se ha utilizado la figura de la garantía personal, que no se traduce en otra cosa que en la suscripción de un pagaré en blanco con carta de instrucciones que establece la obligación del arrendatario de asumir los pagos pertinentes frente a cualquier tipo de incumplimiento. Pues el legislador con el fin de prever abusos por parte del arrendatario ha prohibido toda clase de cauciones prendarias o real como garantía al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario (Ley 56, Art.4 “en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos no se podrá exigir depósito en dinero efectivo u otra clase de cauciones reales, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que conforme a dichos contratos haya asumido el arrendatario. Tales garantías tampoco podrán estipularse indirectamente ni por interpuesta persona o pactarse en documentos distintos de aquel en que se haya consignado el contrato de arrendamiento, o sustituirse por otras bajo una denominación diferente de la indicada”¹⁸⁰), esta prohibición esta dirigida especialmente al arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana, (ley 56 de 1985, decreto 2223 de 1996. Artículo 3.) Entonces, debido a esta protección impuesta, el legislador basándose en el fin social que cumple el contrato de arrendamiento, considerando al arrendatario como una parte débil dentro de la relación contractual, entonces solo es dable el otorgamiento de garantías personales, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

En la práctica, es común que las entidades arrendadoras, soliciten dos codeudores con finca raíz y la firma de un pagaré en blanco con una carta de instrucciones en caso de incumplimiento, el pagaré es un título de contenido crediticio, “ es un acto unilateral encaminado a producir efectos jurídicos, proferido por la voluntad de una persona que se confiesa deudor en determinada cantidad de dinero, para ser pagadero en fecha próxima” ¹⁸¹

1970.

¹⁸⁰ Ley 56 de 1985. Art.4

¹⁸¹ Leal Pérez, Hildebrando. Títulos Valores. Editorial Leyer. Bogotá, 2001.

2.7.6. REQUISITOS.

2.7.6.1. Capacidad

Se rige por las reglas generales de los artículos 1502, 1503 y 1504 CC. En virtud a que el arrendamiento ha sido considerado por la doctrina como un acto de administración y no de disposición, en razón a su naturaleza, basta con que las personas que participan sean mayores de edad, es decir de 18 años, para ser capaces de obligarse validamente, debido a que “la ley no determina en materia de capacidad en el arrendamiento nada especial y siendo un acto de administración, quiere decir que la capacidad para realizarla la tiene toda persona capaz, quedando así dentro de las funciones de los administradores y representantes legales, y no necesitándose la facultad especial para realizarla por ninguna de esas personas. Pero en algunos casos la ley sí establece una limitación temporal de la realización del arrendamiento porque ella misma considera que dentro de los límites de tiempo que impone este contrato se conserva su carácter de acto de administración, pero que más allá de esos límites tendría un carácter dispositivo.” Entonces, por ser un negocio jurídico con el fin de disponer un bien para su uso y goce, no exige unas características especiales para quienes lo pacten. Pero sin embargo, en relación a la influencia de este negocio jurídico en nuestro medio, se han constituido empresas dedicadas a este servicio, las cuales deben cumplir unos requisitos especiales.

La ley 56 de 1985, enunció un requisito especial, para las personas naturales o jurídicas dedicadas a ejercer la actividad de arrendamiento de bienes raíces en su artículo 20 dice: “toda persona natural o jurídica, entre cuyas actividades principales esté la de arrendar bienes raíces, de su propiedad o de la de terceros, o labores de intermediación comercial, entre arrendadores y arrendatarios, en las ciudades de más de 50.000 habitantes, deberá matricularse ante autoridad administrativa competente.” Agrega el artículo diciendo que “estas personas que se han matriculado, estarán

sujetas a la vigilancia e inspección del gobierno, obligadas a llevar los registros, a rendir las informaciones y a permitir las visitas que la autoridad competente determine¹⁸².

Frente a esta actividad comercial, se creó el deber especial de matricularse, para ser controlada y vigilada por el Gobierno nacional, pues estos negocios jurídicos son gravados con impuesto, además de cumplir una importante función social como la que mencionamos al inicio del capítulo.

Consecuentemente, es permitido que cualquier persona que posee o es dueña de un bien raíz puede en nombre propio arrendar o tomar en arriendo este bien inmueble para su vivienda y habitación, pero sí es un arrendador que posee en un mismo municipio, más de cinco inmuebles de su propiedad en arriendo, este arrendador debe matricularse ante autoridad competente, pues esta es una presunción que hace el legislador, respecto a quienes ejercer este tipo de actividades comerciales. Estas personas para poder matricularse, deben tener registro mercantil, acreditar su existencia y representación legal para ejercer estos actos de comercio.

Existe otra excepción, desde el punto de vista, los representantes legales (tutor, curador, padres de familia) pueden libremente arrendar las cosas de los incapaces, sin necesidad de autorización judicial. Pero les está terminantemente prohibido tomar para sí en arrendamiento las cosas que son objeto de administración. Art. 501 párrafo 2. "Si se llega a celebrar un contrato como los que no están permitidos, se produce una nulidad absoluta y que da lugar a la terminación inmediata del contrato. La prohibición tiene por finalidad evitar posibles fraudes a los intereses del dueño de los bienes, o sea el pupilo"¹⁸³ tampoco se puede arrendar al cónyuge, ni a sus descendientes o ascendientes, legítimos o extramatrimoniales, padres adoptantes o hijo adoptivo. Sí en el caso en que se celebre el contrato contraviniendo la prohibición legal, el contrato dará lugar a su terminación inofacto, por nulidad absoluta del contrato, pues el legislador ha querido evitar los posibles fraudes a los intereses del dueño de los bienes, el cuál es un pupilo.

¹⁸² Ley 56 de 1985. Artículo 20

2.7.6.2. Consentimiento

El arrendamiento es eminentemente consensual. Claro está que se acostumbra recoger ese consentimiento en un escrito, pero no por ser requisito para la conformación del negocio jurídico sino como un medio para acreditar el vínculo contractual, continua siendo consensual, pues el contrato es escrito es un mero instrumento de prueba, no de solemnidad. Al respecto el autor Hernán Salamanca dice; “El consentimiento de los contratantes se ejerce sobre la cosa y el precio de goce.

El arrendatario no tiene ninguna solemnidad, puede ser verbal o escrito. Pero sin embargo cuando se tratan de algunos objetos especiales, es preferible hacerlo por escrito, sí se hace por medio de escritura privado es medio de prueba y a veces llegará a tener importancia frente a las disposiciones probatorias respecto a las obligaciones. Si se trata de una escritura pública se facilita la parte probatoria, pues el contrato realizado, tiene implícito el mérito ejecutivo y tiene el derecho del arrendador de oponerse a terceros. Quién es conocido en la investigación como acreedor a título oneroso.”¹⁸⁴

De esta forma, en virtud a la libertad de autonomía de las partes, puede existir solemnidades convencionales que las partes pueden pactar, por ejemplo que digan que el contrato no se perfecciona hasta tanto no se eleve a escritura pública, sin que se altere el carácter consensual del arriendo.

Pero sin perder de vista que a pesar de estas solemnidades que las partes pueden acordar, sin dejar a un lado la naturaleza del arrendamiento consensual, lo que indica que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.

¹⁸³ Zea, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá, 1985. Pág 226,, 225

¹⁸⁴ Salamanca, Hernán. Derecho Civil, Cuso IV Contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. Pág 149

- a) El arrendamiento de inmuebles celebrados por escritura pública, que se inscribe en el registro jurídico oponible a todo el mundo, inclusive frente a los adquirentes de derechos reales constituidos con posterioridad al contrato.
- b) Debe según el 1979 CC. Pactarse el arriendo, ¹⁸⁵ cuándo se pactan las arras, se reputa perfecto el contrato cuando se eleva a escritura pública, siguiéndose por las mismas reglas del contrato de compraventa.

Es importante no pasar por alto, que si las partes acuerdan realizar el contrato de arrendamiento se hace a través de un contrato escrito, en el caso de arrendamiento de vivienda urbana debe contener lo siguiente:

- Fecha de iniciación del contrato.
- Nombre del arrendador.
- Nombre del arrendatario.
- Identificación del inmueble objeto del arrendamiento.
- Canon de arrendamiento y forma de pago.
- Relación de servicios, cosas o usos conexos y adicionales.
- Término de duración del contrato que acuerden las partes o un (1) año si no se estipula.
- Designación de la parte a cuyo cargo estará el pago de los servicios públicos.

Este contrato es prorrogable en las mismas condiciones y por el término inicial si el arrendatario ha cumplido con las obligaciones a su cargo y acepta los reajustes del canon autorizados legalmente.

2.7.6.3. Objeto

¹⁸⁵ Zea, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Tomo IV. Editorial Temis, Sexta Edición. Bogotá, 1985. Pág. 226-227

“El objeto de arrendamiento consiste en el uso o el disfrute de la cosa arrendada, los bienes arrendados han de estar en el comercio”¹⁸⁶ así como Planiol y Ripert, diferentes autores consideran que el objeto se confunde con la cosa arrendada, siendo la misma. Sin cosa no se puede hablar de arrendamiento, ya que constituye un elemento esencial del contrato, en este estudio particular hacemos referencia a bien inmueble para vivienda urbana.

La cosa tiene unos requisitos:

- Que la cosa sea corporal o incorporeal, excluyendo las consumibles. El bien inmueble es un bien corporal
- Que la cosa exista al momento de perfeccionarse el contrato o se espere que llegue a existir. Nada dice el CC. sobre este requisito. Si la cosa no llega a existir no habrá contrato por falta de objeto. Si la cosa no existe y el arrendador obró a sabiendas, deberá indemnizar al arrendatario según los artículos 1616 y 1870 del código civil.
- Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada. El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar, salvo algunas excepciones legales como: el derecho de servidumbres, el derecho del alimentario, derechos personales como el uso y habitación, las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público etc.

El Arrendamiento de cosa ajena: esta posibilidad legal, permitida de arrendar cosa ajena, “no excluye la consecuencia de que el dueño del bien haga valer sus derechos, frente a poseedores, demandando la restitución del bien entonces estaríamos frente a una evicción, el cual debe ser saneado por el arrendador, como obligación. “ es válido, pues del arrendamiento solo surgen sino derechos y obligaciones personales entre las partes, el arrendador sólo esta obligado a proporcionar el goce de la cosa, indiferentemente si el arrendador es el dueño del bien o no para efectos de su validez”¹⁸⁷ sobre este asunto, el Art. 1974 consagra la validez del arrendamiento de cosa ajena, pero facultando al arrendatario de buena fe pedir el saneamiento contra el arrendador, en caso de

¹⁸⁶ Planiol, Marcelo. Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo X Los Contratos Civiles. Editorial Cultural. Habana, 1946 Pág. 511

evicción. Mientras el arrendatario no sea turbado en su uso y goce no podrá interponer la acción de saneamiento, ni pedir la terminación del contrato. Si la venta de cosa ajena es válida con mayor razón el arrendamiento cuando apenas concede un disfrute temporal. Estas situaciones particulares, las estudiamos anteriormente en los elementos del contrato.

Las razones por las que el arriendo de cosa ajena es válida en Colombia, son las mismas que en la legislación francesa, Planiot y Ripert dicen “es un contrato simplemente productor de obligaciones: el arrendador, por efecto del arrendamiento, no transmite al arrendatario el disfrute de la cosa arrendada, sino que se obliga a poner al segundo en condiciones de ejercitar pacíficamente ese disfrute; ningún principio se opone a que una obligación se forme entre dos personas con relación a un bien perteneciente a un tercero, ya que esa obligación, en su caso, se resolvería en la indemnización de los daños y perjuicios”¹⁸⁸

Respecto al arrendamiento de cosa propia, acudimos al artículo 1872C.C. el cual dice que venta de cosa propia no vale, pero no podemos aplicar esta norma al arrendamiento ya que el dueño de la cosa puede llegar a tener al mismo tiempo el carácter de arrendatario, lo cual ocurriría cuando la posesión material está en cabeza de otra persona o se ha convertido en nudo propietario, como en el caso de usufructo, es decir, que el usufructuario dé en arriendo la cosa al propietario durante el término de usufructo. Si el dueño es poseedor de la cosa, no es válido el arriendo.

“Para que haya contrato de arrendamiento de cosas es indispensable que exista un bien que el arrendador entrega al arrendatario para que este lo disfrute. Dada la similitud entre el contrato de venta y el de arrendamiento, en caso de que se arriende cosa que en todo o en parte considerable no existe, cabe aplicar por analogía lo dispuesto en el Art. 1870 para la compraventa en igual evento.”¹⁸⁹

¹⁸⁷ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. Pág. 189

¹⁸⁸ Planiol, Marcelo. Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo X Los Contratos Civiles. Editorial Cultural. Habana, 1946. Pág.512

¹⁸⁹ Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1999. Pág. 187

Finalmente, en el arriendo de vivienda urbana, los bienes que son permitidos para este fin, son bienes raíces dentro de las ciudades, que tiene la única destinación de ser habitados o ser vivienda de quienes la ocupen.

2.7.6.4. Precio

Es otro elemento esencial y requisito indispensable para que el contrato de arrendamiento nazca a la vida jurídica. Sin precio no se puede hablar de arrendamiento, y si falta el acto jurídico se convierte en comodato

El precio unas cualidades especiales, son las mismas que se consagran para la compraventa, la diferencia del precio entre uno y otro, es el fin que cumple el precio dentro del contrato, el cuál en uno es para adquirir el dominio de bien, se da como contraprestación el pago del precio total según el valor comercial del mismo, mientras que para el arrendamiento, es un canon mensual, que se debe cancelar mientras dure el contrato, porque es tracto sucesivo, debido a que es la correlativa obligación a la que el arrendador cumple de permitir el uso y goce, pues este precio es determinado a esa cuantificación del uso y goce del bien inmueble en el caso particular, debido a que es tenedor de un derecho personal y por tal razón debe cancelar un precio periódicamente, el cual no es eterno, sino temporal, hasta cuándo entregue el bien recibido para la vivienda.

Pero enunciare los requisitos especiales del precio, de forma somera, teniendo en cuenta la aclaración hecha y que estos aspectos los hemos estudiado con cuidado en el ápice de la compraventa. Requisitos del precio de renta en los contratos de arrendamiento de inmuebles para vivienda urbana

- -Que exista en dinero, aunque la ley acepta también el pago de la renta con los frutos, la costumbre nos indica que en el caso de arriendo de inmuebles para vivienda, el precio siempre es en dinero, salvo casos especiales que las partes acuerden.
- Que el precio sea determinado o determinable

- Que el precio sea real. Si se señala por las partes un precio pero su intención es no pagar, ni recibir, degenera en otro negocio diferente al arriendo, como el comodato.
- -Que el precio sea serio, esto significa que sea proporcional el valor de la contraprestación al derecho personal de uso que se recibe para gozar del bien inmueble para vivienda o habitación.

A pesar de tener una relación muy estrecha el precio entre el contrato de compraventa y arrendamiento, en este último se excluye la lesión enorme que nace en la compraventa cuando el precio no es el justo, esto es, cuando no guarda proporción en las prestaciones, consecuentemente no es viable la acción rescisoria por lesión enorme, porque la ley no lo autoriza o permite, ya que taxativamente lo regula para determinados actos jurídicos y no está entre estos el arrendamiento

En este contrato, el legislador ha dado un nombre especial al precio, para distinguirlo, denominándolo en virtud del Art. 1975C.C, “cuando el precio se paga periódicamente se llama renta o canon.”¹⁹⁰

Para fijar el canon de arrendamiento se debe tener en cuenta que éste será máximo el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble. El valor comercial del inmueble, equivale al valor del avalúo catastral.

Pero es posible que se ajuste un aumento, después de cada doce (12) meses de ejecución del contrato bajo un mismo precio, el arrendador podrá incrementar el canon según la meta de inflación, siempre que el nuevo canon no exceda del uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble.

El arrendador o la persona autorizada para recibir el pago está obligado a expedir recibo en el que conste la fecha, valor y periodo al que corresponde, de esta forma, se puede comprobar el pago efectuado, en cuanto que existe una presunción cuando los pagos son periódicos, por medio de los tres recibos últimos y consecutivos de pago de la renta, se hará presumir el pago de los anteriores periodos, en concordancia con el artículo 1628 “En los pagos periódicos la carta de pago de tres

¹⁹⁰ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1975

períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que haya debido efectuarse entre el mismo acreedor y deudor”¹⁹¹ Esta presunción es valida cuando el pago se hace directamente al arrendador.

2.8. DEL CONTRATO DE LEASING EN GENERAL.

El origen de este contrato de leasing¹⁹², data a 1952 en California, Estados Unidos, por medio de D.P. Bothe Jr,¹⁹³ en su propia empresa de alimentos, al arrendar equipos para la fabricación de productos para el ejército de los Estado Unidos, a cambio de un pago mensual por el uso y con una opción de compra a la finalización del arrendamiento para adquirirlo a un precio previamente establecido, esta hipótesis es la de mayor coincidencia entre los autores de este tema jurídico. Sin embargo también existen autores que sostienen diferentes supuestos, como Giovanoli, quién dice que “fue en 1936 el primer contrato de leasing, como instrumento financiero utilizado por la cadena californiana de supermercados “Safeway Inc”³, (por medio del sale and leasing back) o el profesor Gustavo Villalpalos, cita en su obra, el episodio histórico “en la segunda guerra mundial, cuando Inglaterra necesitaba barcos de guerra para su flota, muy mermada por los ataques alemanes. La venta la hace Estados Unidos a través de una nueva ley que permitió el alquiler de cincuenta destructores al Reino Unido, a largo plazo, con opción de compra al finalizar el arriendo”⁴

Pero, aunque los historiadores de este instituto jurídico y los demás doctrinantes no han conciliado cuál fue el hecho que dio origen a este importante contrato, lo cierto, es que todos coinciden que

¹⁹¹ Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis. Bogotá, 2002. Artículo 1628.

¹⁹² No ha sido posible encontrar la palabra adecuada para traducir “leasing” al castellano y abandonar este extranjerismo, pues algunos le llaman, arriendo financiero, alquiler industrial, crédito arrendamiento, pero para nuestra investigación será más claro llamarle leasing, pues darle otro nombre, podría llegar a ser causal de confusiones en nuestro análisis.

¹⁹³ Chuliá Vicént, Francisco. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Librería Bosh. 2 Edición. Barcelona, 1990.

³ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltran Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Jose Maria Bosh Editor. Barcelona, 1999. pág 11.

surgió en Estados Unidos, en razón a las circunstancias sociales, tributarias, financieras, económicas y políticas que facilitaron y proyectaron el desarrollo de este nuevo contrato, produciendo enormes ganancias y mejoramiento de la calidad de los productos gracias a lo maquinaria de punta y de última tecnología, las cuáles eran accesibles a los empresarios, a través del Leasing.

Sin embargo a pesar de ser, un contrato concebido en el mundo desde hace más de medio centenario, empezó a tener aceptación y acogida en Europa a partir de los años 60, pero se proyectó fuertemente en los 70 al fundarse, "European Federation of Leasing Company Associations"⁵ conocida mundialmente como; Leaseurope, en el año de 1973. Leaseurope es una agrupación, la cual representa a las compañías de Leasing en 1.348 miembros, correspondiente a 26 miembros de Asociaciones Nacionales, de países como: Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Marruecos, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía y Reino Unido. Esta agrupación ha recibido cerca de 412 billones de euros y su misión es ser reconocida como la primera organización representativa de la industria del leasing en Europa, promocionando sus servicios al mundo, promoviendo un buen desarrollo económico por medio de los productos de leasing y sus beneficios.⁶

El ejemplo europeo, ha sido adoptado en América, por medio de la Federación Latinoamericana de Leasing; conocida por la abreviatura, Felalease, organizada como una entidad privada con fines lucrativos que congrega a las asociaciones de América Latina. Felalease, fue creada el 1 de julio de 1985 con el propósito de promover el contrato de leasing y el intercambio financiero entre las empresas de leasing de América Latina. Además buscan promover y estudiar los diferentes aspectos; legislativos, económicos, financieros o cualquier otro interés de las empresas, por medio

⁴ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltran Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Jose Maria Bosh Editor. Barcelona, 1999. pág 12.

⁵Federación Europea de la Asociación de Compañías de Leasing.

⁶ www.leaseurope.org

de la difusión de datos estadísticos y organizando eventos relativos al leasing. Actualmente la conforman Brasil, Chile, Argentina, México, Costa Rica, Perú Y Colombia.⁷

La manera como las empresas de leasing se han organizado en el mundo, nos demuestra el importante desarrollo e influencia internacional que ha nacido de este contrato, en los países donde más se ha desarrollado, se han percibido millones de dólares en utilidades, pues debido a las condiciones del contrato, las cuales buscan facilitar satisfacer una necesidad de los empresarios e industriales y adquirir una utilidad, ha tenido mucho éxito especialmente en Estados Unidos y Brasil; respecto a América. Pero no hay que dejar a un lado, los esfuerzos de las empresas leasing de Colombia, las cuales también se han formado la Federación Colombiana de Compañías de Leasing, Fedeleasing, concebida como “una entidad sin ánimo de lucro que tiene por objeto promover, desarrollar, perfeccionar y difundir la utilización de la operación de leasing, así como propender por la adopción de convenios y disposiciones generales, orientados a mantener y mejorar las más sanas prácticas y políticas del sector”⁸

Por consiguiente, en razón a todas estas Federaciones Internacionales de Compañías de Leasing y particularmente a la Federación Colombiana de Compañías de Leasing, se promueve y se busca el desarrollo a través de el contrato de leasing, dando a conocer sus ventajas, beneficios, alcances y los resultados obtenidos en determinadas experiencias, pero a pesar de toda este esfuerzo de las compañías leasing, en Colombia sólo hasta 1979, por medio del decreto 148, se autorizo la creación de empresas financieras dedicadas especialmente al leasing , lo cuál ha sido de muy poco interés para nuestros legisladores.

Atendiendo a la realidad del leasing en nuestra década, es pertinente afirmar, como el profesor Rodrigo Escobar Gil, menciona “el leasing responde a una necesidad de financiación, pues permite al empresario satisfacer sus necesidades de producción en momentos en que requiere un rápido ensanchamiento de su capacidad instalada y no cuenta con los recursos adecuados, o que aun

⁷ www.felalease.net

teniéndolos le es más rentable destinarlos a capital circulante o reservarlo para otras finalidades, que invertirlo en activos fijos”⁹

Debido a los aspectos referenciados anteriormente, consideré eminentemente interesante para mi trabajo de grado, este contrato, pues los últimos 20 años se han caracterizado por una sociedad en constante y acelerada mutación, en medio de unas circunstancias difíciles como las que imperan en nuestro país, de tal modo que la elevada incertidumbre económica, política y social, obliga a los gerentes de las industrias a utilizar otras formas de financiación, diferentes a los créditos bancarios, los cuales son cada vez más difíciles de cumplir por sus altos intereses, y la necesidad de dar soluciones a los cambios tecnológicos y de información.

Por lo tanto, las empresas de Leasing, cuya finalidad no es de producción sino de servicios o de intermediación financiera, y atendiendo a su objeto social, proporcionan ayuda financiera a las empresas que requieren la utilización de bienes de capital o de equipo, poniendo en relación a estas con las empresas fabricantes o distribuidoras de tales bienes.

2.8.1. CONCEPTO

Anteriormente, hice alusión al vago desarrollo doctrinal y académico que ha tenido este contrato de leasing, respecto a los contratos clásicos típicos civiles y comerciales, así que es inevitable referirnos a la influencia de diferentes legislaciones en el estudio que han realizado algunos autores colombianos a este contrato en especial.

⁸ www.fedeleasing.org.co

⁹ Escobar Gil, Rodrigo. El contrato de Leasing Financiero. Editorial Temis. Bogotá, 1984. pág 3

Para entrar en materia, es importante advertir que nuestro legislador ha denominado al leasing, como “arrendamiento financiero”, de modo que cuando se mencione al leasing de esta forma, se sabe a que se refiere el ordenamiento jurídico.

Entonces, la legislación colombiana ha definido el leasing así: “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”¹⁰

Esta definición dada por nuestros legisladores, no es clara debido a que se puede confundir claramente el contrato de leasing con el contrato de arrendamiento, al llamar a las partes “compañía arrendadora y arrendatario” o al considerar que el título bajo el cuál se hace la entrega del bien, es a “título de arrendamiento” etc. Al darle estos nombres a las partes, al título y al mismo bien que ha sido otorgado en arrendamiento, se confunden dos contratos, el de arrendamiento y leasing. Si bien es cierto, estos contratos tienen algunas semejanzas pero de igual forma también tienen grandes diferencias, pues el contrato de leasing es un negocio jurídico autónomo e independiente, con elementos y características especiales que lo identifican y lo diferencian del arrendamiento, como la opción de compra y el término definido del contrato para que el empresario decida adquirirlo o dar por terminado el contrato, además de las obligaciones de mantenimiento, saneamiento, riesgos, hurto etc., las cuales están a cargo de este sujeto.

Al respecto, la Asociación Bancaria de Colombia, en un informe sobre el leasing, señaló que “el arrendamiento financiero es una operación que pone en juego simultáneamente figuras jurídicas

¹⁰ Decreto 913 de 1993. Artículo 2.

diferentes sin que pueda confundirse con ninguna de ellas, pues ninguna por sí sola basta para regir todo el contrato y sus relaciones que de él surgen”¹¹

En vista que esta definición no es diáfana, es importante mencionar algunas definiciones aportadas por diferentes autores estudiosos del tema, con el propósito de darle un concepto al contrato de leasing exacto.

“Definir el contrato de leasing o arrendamiento financiero en su forma más representativa, como aquél por virtud del cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que le entrega a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el arrendatario, al vencimiento del plazo de continuar el contrato en nuevas condiciones o adquirir los bienes en su poder”¹² Esta noción de leasing, da una idea clara y general sobre el contrato de leasing, es muy acertada pues ha incluido elementos del contrato sintetizadamente, en la cuál se diferencia la calidad especial de las partes; pues afirma que debe ser realizada por una sociedad especializada y un cliente, respecto a este último guarda silencio y admite que ostente cualquier calidad jurídica. El autor Coillot no define que clase de bienes son objeto del negocio, así que debo advertir en que en este aspecto yerra, pues los bienes fungibles, públicos, entre otros no pueden ser objeto de Leasing.

El profesor Sergio Rodríguez, describe el contrato de esta manera “El contrato de leasing supone la presencia de un empresario, normalmente un industrial, necesitado de bienes de capital, maquinaria y equipos, en principio, o de inmuebles que, en el primer caso, se pone en contacto con un proveedor para determinar cuáles equipos y en que condiciones podrían satisfacer las necesidades de su empresa. Identificada necesidad y solución, entra en contacto con una sociedad especializada la cual procede, en desarrollo del contrato y contra la promesa de que el bien será tomado en alquiler, a adquirirlo del proveedor y entregárselo en arrendamiento al industrial por un

¹¹ Asociación Bancaria de Colombia, Leasing o arrendamiento financiero, GM. Cuarta Edición. Pág. 22.

¹² Parra Bartot, Edgar. El leasing en Venezuela. Revista Felabán Número 18. Editorial Nelly. Bogotá, 1944. pág 66.

período de tiempo más o menos largo, generalmente vinculado al plazo de amortización en nuevas condiciones o venderle el bien por un valor residual o uno cercano a él”¹³

Con referencia a lo anterior, vale decir que el mencionado estudioso, ha dado un aporte especial a esta definición, pues determina la necesidad del industrial, es decir la causa o móvil del mismo, la cual radica en el requerimiento de determinados bienes de capital; los cuales son maquinaria o equipos y en segundo lugar puede ser inmuebles. Además habla de la amortización, las deducciones y valor residual. También incluye al proveedor del bien que negocia con la compañía de leasing, para adquirir cierto bien de calidades específicas y elegido por el empresario para satisfacer sus necesidades.

Este concepto ha sido igualmente adoptado por el doctrinante Leal Pérez, quién agrega a la definición una explicación propia así; “Esto es, que quien requiere hacer la inversión adicional, en vez de aportar sus propios recursos que tiene en caja o está en condiciones de solicitar a sus asociados o de obtener crédito en cuantía equivalente para comprar los bienes, opta por conseguir de la sociedad especializada su adquisición, de manera que pueda solucionar el forma efectiva el requerimiento técnico que lo ha movido a obrar, contra una remuneración a título de pago del arrendamiento de tales bienes”¹⁴

Pero también se han escrito conceptos, considerando el contrato de leasing como una mezcla entre dos contratos típicos; contrato de compraventa y contrato de arrendamiento, considero que el contrato de leasing es más que un híbrido de estos dos tipos de contrato tradicionales, tanto es así, que he dispuesto un estudio inicial de estos dos primeros para colegir en el nuevo instituto contractual creado al interior del ordenamiento jurídico, entonces, que si bien ostenta calidades de cada uno, no puede encasillarse en ninguno de los dos, porque en relación particular con el arrendamiento si bien entrega el derecho al uso y disfrute del bien, esta cesión de derechos temporal finaliza con una importante opción de compra que no existe en el contrato de

¹³ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios y su Significación en América latina. Editorial Legis. Quinta Edición, Bogotá, 2002.pág 698.

¹⁴ Leal Pérez, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990. pág 251

arrendamiento primariamente creado. De otro lado, al comparar con el contrato de compraventa que transfiere en forma inmediata la propiedad plena del bien, pese a que la figura del leasing como ya se dijo, permite tal circunstancia, ésta no se verifica al inicio, sino al final del contrato, así como que es opcional lo que no ocurre con el contrato de compraventa simple.

Entonces al afirmar “en el leasing se combinan los dos contratos más antiguos de la historia económica de la humanidad, en este negocio jurídico complejo, integrado por varios contratos típicos ya regulados por el derecho civil y mercantil, goza de vital preponderancia la autonomía de la voluntad privada de los intervinientes, y por ello, la mejor fuente normativa será el documento que contenga, constituyendo ley para las partes.”¹⁵ De acuerdo con lo anterior, tiene razón y lógica jurídica el legislador, cuando siendo evidentes las innegables connotaciones de cada sistema de contratación tradicional, decide sin embargo, crear esta figura jurídica como independiente, a la luz de las incuestionables características intrínsecas que le dan sentido, esencia y efectos sustancialmente diversos

También participa en esta labor de concretar una noción acertada al contrato de leasing, el jurista Eduardo Cifuentes Muñoz así: “se dice del leasing que consiste en el arriendo, que se concede a una persona natural o jurídica, de bienes de capital, bienes que adquiere la sociedad de leasing de acuerdo con las especificaciones dadas por el arrendatario, otorgándole, a su vez, una opción de compra sobre el mismo bien, cuyo precio deberá tener en cuenta el monto de los cánones de los arrendamientos pagados”¹⁶. El reconocido jurista hace una clara diferenciación de los elementos esenciales tales como: la opción de compra, los bienes de capital objeto del contrato, el sujeto calificado en el negocio jurídico llamado; sociedad de leasing, algunos aspectos del monto de pago cuando se decide por la opción de compra, características inéditas del contrato que lo diferencian del arrendamiento y del contrato de compraventa.

¹⁵ Chávez Vela, Isaías. El leasing o arrendamiento financiero. Revista Fasecolda Número 11. 1980. pág 37

¹⁶ Cifuentes Muñoz, Eduardo. El Leasing. Editorial Temis. Bogotá 1988.pág 112.

En sentido amplio, se puede entonces decir que el contrato de leasing es aquel realizado por una sociedad especializada y un usuario, en virtud del cual aquél se obliga a adquirir determinado bien de capital elegido por el cliente, para posteriormente permitirle el uso y goce del mismo, a título de alquiler, a cambio de un canon periódico por un plazo convenido inicialmente –que debe ser inferior a la vida útil del bien- y consagrando la opción de comprar el bien al finalizar el contrato, caso en el cuál se le transfiere el dominio al usuario y este cancela el valor residual pactado al iniciar el contrato a la compañía de leasing, en concordancia con el pronunciamiento del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de diciembre de 1988, con ponencia de José Ignacio Narváez García, recitó: “la asociación española de leasing hace algunos años lo definió como “una moderna fórmula de financiación que permite al empresario profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios mediante el pago de un alquiler con la posibilidad de adquirir su propiedad por un precio establecido de antemano”

Finalmente, después de dirimir esta noción desde diferentes perspectivas doctrinales, el contrato de leasing es aquel, en virtud del cuál una compañía de financiamiento comercial, concede a otra persona, el uso y goce temporal de un bien por un plazo forzoso y determinado, con la posibilidad que al vencimiento del mismo, decida comprar el bien capital a un precio inferior al mercado, fijado previamente al inicio del contrato. Como contraprestación, la entidad financiera recibe el pago de unas sumas de dinero periódicamente y determinada que cubre le valor del bien, las cargas financieras etc. En este contrato, la persona que contrata, tiene derecho a escoger, el bien que desea, con las características, cualidades que le interesan para que la entidad financiera le proporcione el bien determinado que desea.

Este concepto, describe el contrato de leasing financiero, el cuál en aras de lograr los objetivos de la investigación, es la clase de contrato de leasing de donde nace el típico leasing inglés y además en aras de cumplir con el objetivo principal del estudio, el contrato de leasing habitacional, hace meritorio que sea este, el contrato de leasing financiero, analizarlo, en razón a que conserva interesantes similitudes con el contrato de leasing habitacional que en el siguiente capítulo se estudiará, así que sin dejar a un lado las otras clases de contratos de leasing que se pueden

presentar, y que igualmente enunciaré, aclaro que en el desarrollo de esta reflexión jurídica, se hará mención al contrato de leasing financiero.

En razón a las ventajas que el contrato de leasing demuestra sobre el contrato de arrendamiento, conviene señalar que existen diferentes modalidades de leasing, que no podemos pasar por alto, pues este contrato se ha desarrollado en virtud a la cantidad de posibilidades de bienes que se pueden dar en leasing; en cuanto a la calidad de las personas que participan en el contrato; en virtud al domicilio de las partes; además de habilitar operaciones comerciales de alcance internacional.

Teniendo en cuenta que la Federación Colombiana de Compañías de Leasing, en su página de Internet, con el fin de promover y difundir la operación de leasing como una herramienta de desarrollo, en pro de lograr este objetivo, han hecho una clara y precisa conceptualización sobre las clases de leasing que podemos encontrar, que traeré a colación tal como Fedeleasing imparte en su página de información electrónica, a grandes rasgos se mencionara y se describirán;

“DRY Y WET LEASING: Son términos utilizados en el leasing de aeronaves, donde se denomina DRY, el que tiene por objeto solamente la aeronave y WET, el que involucra dentro del canon, además del uso del equipo, la tripulación, el mantenimiento necesario para la operación y el valor de los seguros.

LEASE-BACK: Un contrato de leasing en que el proveedor y el locatario son la misma persona. Esta figura es usada por empresas que desean liberar recursos para capital de trabajo, vendiendo a las compañías de leasing sus activos productivos para tomarlos en leasing.

Según la ley 223 de 1995, hay contrato de leasing back para efectos fiscales y contables, cuando el proveedor del bien objeto del contrato y el locatario sean la misma persona y el activo tenga la naturaleza de activo fijo para el proveedor.

LEASING APALANCADO: Es una operación en virtud de la cual los recursos que utiliza la compañía de leasing para adquirir bienes y entregarlos en leasing, provienen de uno o varios inversionistas, por lo cual la compañía se convierte en un administrador del contrato. Bajo esta modalidad también es posible que la compañía de leasing actúe como copropietaria del bien entregado en leasing, si

aporta parte de los recursos con los cuales se adquiere el bien objeto del contrato. Esta modalidad de leasing aún no se ha desarrollado en Colombia ni se encuentra regulada.

LEASING DE EXPORTACIÓN: Es un contrato sobre equipos que deben exportarse. En este tipo de contrato, la compañía de leasing es colombiana y el locatario, de cualquier nacionalidad, está en el extranjero.

LEASING DE IMPORTACIÓN: Es un contrato sobre equipos que están fuera del país y que por ende deben importarse. Por lo general, en este tipo de contratos, el locatario encarga a la compañía de leasing la negociación con el proveedor del exterior del bien que él expresamente ha escogido, así como la importación del equipo. También existe una modalidad de leasing de importación en la cual se acuerda que el locatario negocie el bien con el proveedor y haga la respectiva importación, y la compañía de leasing financie todos los gastos en que incurra por tales conceptos, mediante la celebración de una promesa de contrato de leasing. Una vez el equipo se haya nacionalizado, se formaliza el contrato de leasing, adquiriendo la compañía el equipo.

Cualquiera sea la modalidad operativa del leasing de importación, el canon sólo se comienza a cancelar cuando el bien importado se encuentra en operación.

Si tanto el locatario como la compañía de leasing importadora son nacionales, el leasing será de importación pero no será un leasing internacional, carácter que adquirirá si la Compañía de Leasing es extranjera.

LEASING DE INFRAESTRUCTURA: Se considera por tal, aquél que versa sobre bienes destinados a la ejecución de obras o proyectos de infraestructura.

LEASING FINANCIERO: Es un contrato en virtud del cual, una Compañía de Financiamiento Comercial, denominada la leasing, entrega a una persona natural o jurídica, denominada; el locatario, la tenencia de un activo productivo que ha adquirido para el efecto y que éste último ha seleccionado para su uso y goce, a cambio del pago periódico de una suma de dinero (canon) durante un plazo pactado y a cuyo vencimiento, el locatario tendrá derecho a adquirir el activo por el valor de la opción de adquisición.

LEASING INMOBILIARIO: Un contrato en el cual el bien objeto del leasing es un inmueble. Por tratarse de un contrato comercial, para que un inmueble pueda ser objeto de un contrato de leasing, debe ser susceptible de producir renta. En nuestra investigación este es el principal objeto de nuestro estudio, que se retomará con especial atención en siguiente capítulo.

LEASING INTERNACIONAL O CROSS BORDER LEASING: Es un contrato en el cual la compañía de leasing y el locatario se encuentran en países distintos y se rigen por sistemas legales diferentes.

Una de las características más importantes del leasing internacional en la regulación colombiana, cuando se trata de una operación entre una compañía de leasing extranjera y un locatario domiciliado en Colombia, es que el bien objeto del contrato se importa bajo el régimen de importación temporal a largo plazo, si se cumplan los requisitos establecidos en los Decretos 1740 de 1991 y 1909 de 1992.

LEASING MUNICIPAL: A pesar de que así lo denomina la doctrina, más que municipal debería llamarse público. En esta modalidad, el locatario o arrendador, según se trate de un leasing financiero o de uno operativo, es un municipio u otra entidad territorial o empresa pública. Esta figura ha sido muy usada en los Estados Unidos de Norteamérica para el desarrollo de programas municipales que comprenden una gran variedad de equipos y de entidades, para su ejecución.

LEASING OPERATIVO: Es un contrato en virtud del cual, una persona natural o jurídica, denominada la arrendadora, entrega a otra, llamada la arrendataria, la tenencia de un bien para su uso y goce, a cambio del pago de un canon o renta periódica.

LEASING SINDICADO: Es aquél en que el activo objeto del contrato de leasing pertenece a dos o más compañías de leasing, nacionales o extranjeras.

De conformidad con la normativa vigente en Colombia, cuando una compañía colombiana quiera participar como copropietario con compañías extranjeras en una operación de leasing internacional, realizada con locatarios colombianos, su participación no podrá exceder del quince por ciento 15%, del costo del bien (Artículo 2º, Decreto 1799/94) .

Cuando se trate de operaciones sindicadas entre compañías nacionales, el porcentaje de copropiedad sobre el bien dado en leasing que corresponda a cada una de ellas, será el que libremente acuerden. En estos casos, la legislación colombiana prevé que el contrato lo celebren conjuntamente todas las compañías copropietarias y denomina la operación como leasing en copropiedad. (Artículo 5°, Decreto 1799/94.)

SUBLEASING: El subleasing es una modalidad de leasing mediante la cual, la compañía de leasing que celebra el contrato no es la propietaria del equipo objeto del mismo, sino que éste pertenece a otra compañía de leasing. La norma legal colombiana sólo autoriza el subarrendamiento o subleasing, respecto a bienes de sociedades extranjeras que se importen para dar en leasing a locatarios domiciliados o residentes en Colombia. En estos casos se requiere que la compañía de leasing extranjera autorice expresamente a la nacional, para entregar el bien en subarriendo. (Artículo 4°, D. 1799/94)

VENDOR LEASING: Los acuerdos entre compañías de leasing y proveedores de equipos que pueden comercializarse masivamente mediante el contrato de leasing, y en virtud de los cuales, el proveedor otorga a la compañía descuentos sobre el precio de los bienes, comisiones, y en ocasiones, asume compromisos de mantenimiento y recompra, a cambio de lo cual la compañía de leasing se constituye en el mecanismo de financiación de la venta de dichos bienes. Estos convenios implican una colaboración mutua entre las partes y traen beneficios tanto para la compañía de leasing como para los proveedores, puesto que se amplía la fuerza de ventas de esos bienes y se fomenta la celebración de contratos de leasing”¹⁷

Así que habiendo mencionado las posibles clases de contratos de leasing que se pueden suscitar, por ser una herramienta o instrumento que permite el uso de diversas clases de bienes cuyo destino puede ser la incorporación a la producción de una empresa o fabrica o bien a la satisfacción de una necesidad esencial, como la vivienda y hecha la aclaración que en pro de la consecución de los objetivos de este trabajo de grado, haré referencia y analizare el contrato de leasing financiero, por las similitudes que posee con el contrato de leasing habitacional.

¹⁷ www.fedeleasing.org.co/glosario.htm

2.8.2. Finalidad

Enfocada la investigación respecto al leasing, con el objetivo de hallar su finalidad, se hace necesario referenciar la definición que hace el legislador en el decreto 913 de 1993, en el cuál se infiere que el fin del arrendamiento financiero (cómo lo denomina nuestra legislación), es permitir la financiación de un bien, permitiendo su uso y goce a cambio del pago de unos cánones por un plazo determinado y cuándo este venza, ejercer el derecho de adquisición del bien, sí es viable.¹⁷

Algunos autores, dan otra idea sobre la finalidad del leasing, pero generalmente todos coinciden en el propósito económico de financiación respecto al uso, goce y usufructo de los bienes de capital específicos, pues este contrato otorga la posibilidad al industrial o empresario de adquirir la maquinaria o equipo necesaria e indispensables para el ejercicio de su objeto social, para producir un mejor bien o servicio al comercio, aprovechando la tecnología. Además los costos son claramente reducidos pues la compañía de leasing juega un rol muy importante cuando se pretende disminuir los costos de agencia.

Pese a lo anterior, se ha dicho que; "el contrato de leasing, facilita la posibilidad de sustituir la utilización de los propios recursos para adquisición de maquinaria, liberándolos, para disponer de un mayor capital de trabajo y la de acomodarse a un proceso permanente de renovación de maquinaria y equipo, parece haber sido factores determinantes en su acogida"¹⁸. Teniendo en cuenta esta acepción, afirmo que el contrato de leasing es una herramienta de financiación de bienes de equipo necesarios para el desarrollo de las empresas e industrias, liberándolos de responsabilidades de crédito bancario y optando por hacer uso y goce del bien elegido, a cambio de un canon de leasing.

¹⁷ Decreto 913 de 1993. Artículo 2

¹⁸ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios y su Significación en América latina. Editorial Legis. Quinta Edición, Bogotá, 2002. pág 696

Esta novedosa y original forma de financiación, permite que el empresario pueda progresar, obtener un máximo de utilidad económica, y desarrollar una mejor tecnología en sus productos, con la opción atente de adquirir el bien dado en leasing, al terminar el contrato, por el valor que ha sido cancelado paulatinamente en el transcurso del negocio jurídico, mas al optar por adquirir el bien, cancelar un precio residual que será menor al precio del mercado.

Pero, no solo el carácter económico del leasing nos incita a concluir la finalidad del contrato, pues también lo constituye la permisión del uso y goce el bien dado en leasing, “la razón que justifica las operaciones de leasing es que al industrial, para el desarrollo del objeto social de su empresa lo que le interesa es el uso de la maquina y equipo, y no el titulo de propiedad sobre estos bienes”¹⁹. El tratadista Rodrigo Escobar, hace una clara diferenciación sobre el interés del industrial, el cuál para él, no es otro que el uso de la maquina y equipo, los cuales son representados en los frutos que el uso de estos bienes le producen y que se refleja en utilidades en su haber financiero de la empresa.

Conjugo con el doctor Escobar, que a través del leasing, se puede recibir no solo el uso, como derecho al cumplimiento de la cancelación del canon, sino también los frutos que este genera pero no estoy de acuerdo que sea el único objetivo del usuario el uso y goce del bien, pues estos bienes generalmente gozan de una vida útil prolongada, además de las obligaciones de cuidado, protección y mantenimiento que el usuario debe satisfacer para dar cumplimiento al contrato y vale recordar que el canon de leasing que debe cancelar este usuario, no es calculado simplemente por el uso y goce que se haga sobre este, sino también incluye parte del valor del bien, para adquirir su propiedad, entonces no estoy de acuerdo con el autor Escobar, pese a lo que anteriormente he declarado, debido a que el usuario, no solo busca el uso y goce, sino también la posibilidad de adquirir la propiedad del bien al finalizar el contrato, pues este interés se refleja en el pago del canon de leasing, el cuál es mayor a una renta de alquiler normal, al incluir la financiación del mismo.

El leasing al ser un instituto propio del derecho mercantil y al tener en cuenta su naturaleza financiera tiene como finalidad:

- El propósito económico de financiación del bien susceptible de renta, representado por el canon de leasing que recibe la compañía de leasing al permitirle al usuario el uso y goce del mismo, que ha sido especialmente seleccionado por este, pues lo necesita para el debido desarrollo del su objeto social, que correlativamente proporcionará beneficios económicos para la compañía de leasing y satisface una necesidad del usuario, sin adquirir créditos bancarios o aportar cuotas iniciales, pues la compañía de leasing financia el bien en un 100%.
- La oportunidad para el empresario usuario de ejercer la opción de compra, al finalizar el contrato con el fin de adquirir la propiedad del bien de equipo, por un precio residual pactado al inicio del contrato, que es menor con respecto al mercado. Esta opción de compra, no es justificación suficiente para confundirse con una compraventa a plazo, pues la propiedad del bien siempre esta en cabeza de la compañía de leasing y el usuario es mero tenedor del uso y goce del bien.
- Permitir a la industria o empresa que contrata con la compañía de leasing, el uso y goce del bien, objeto del contrato, hasta el vencimiento del plazo acordado por las partes, oportunidad en la cuál el usuario decide sí quiere ejercer la opción de compra o no.

Pero, desde el punto de vista práctico, cuál es el verdadero móvil de las empresas que se obligan en el contrato de leasing? Es el uso y goce del bien con la posibilidad de adquirirlo al final del programa financiero, pagando el valor acordado entre las partes. El legislador creó la posibilidad de darle la libertad al usuario de decidir a su vencimiento, sí se acoge a la opción pactada de adquirir el bien o no. Pero las cargas que la entidad financiera impone al usuario, tales como el deber de entregar el bien en condiciones estrictas de un muy buen estado, es una obligación costosa y difícil a suplir, pues es imposible, entregar un bien tal exigencia, después de 3, 5, 6 o más años de usar el bien en

¹⁹ Escobar Gil, Rodrigo. El contrato de Leasing Financiero. Editorial Temis. Bogotá, 1984. pág 10

general es de materia y trabajo pesado, claro que se tiene en cuenta el detrimento que ellos denominan natural, pero esta concepción difiere entre unos y otros.

Además, el negocio para las compañías de financiamiento comercial, no es proporcionar al empresario las herramientas para que se desarrolle, es el cálculo financiero de utilidades que recibe al proporcionar esta clase de servicios, es decir a las entidades financieras les interesa las utilidades económicas que pueden percibir en estos contratos, su calidad onerosa, es la que los impulsa a desarrollar y promover estas actividades de financiamiento.

2.8.3. REGULACIÓN LEGAL

En general, el contrato de leasing, en virtud de su carácter financiero, se rige por las disposiciones del Código de Comercio, Código de Procedimiento Civil, Código Civil y por las leyes, decretos específicos que a continuación se relacionaran, pero antes quiero hacer alusión al comentario del autor Hildebrando Leal “El derecho mercantil, tienen un carácter cambiante e innovador, de esto se determina la causa de una infinita gama de contratos surgidos como consecuencia del desarrollo económico de los pueblos, de la necesidad financiera de las empresas, de la industria, el leasing es un claro ejemplo”²⁰. A todo esto, la legislación no ha podido abordar todas las posibles circunstancias que se pueden presentar, para darle una reglamentación determinada, entonces es en gran medida se remite a normas generales de los contratos, como a la compraventa, al arrendamiento etc.

En nuestra cotidianidad, no es extraño que la evolución social, económica y tecnológica vaya delante de el desarrollo legislativo, pues la capacidad inventiva, creativa, los medios recursivos y originales que surgen en circunstancias de necesidad son más variables y proliferan que el legislador y sus leyes para prever diferentes circunstancias sociales, económicas, políticas con el fin de mantener la armonía y justicia.

²⁰ Leal Pérez, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990. Pág. 253

- En lo sustancial, el leasing financiero está regulado por los Decretos 913 de 1993, 914 de 1993, 1799 de 1994 y 1611 de 1998, y por la Circular Externa 007 de 1996 expedida por la Superintendencia Bancaria (Circular Básica Jurídica);
- En lo contable, tributario y financiero por la Ley 223 de 1995, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y las Circulares Externas 100 de 1995 (Circular Básica Contable y Financiera) y 014 de 1996, expedidas por la Superintendencia Bancaria.
- El leasing operativo se regula por las normas generales del arrendamiento, de conformidad con lo preceptuado por el Decreto 913 de 1993.

TABLA 2.9. Disposiciones legales.-

“NORMA	FECHA	CONTENIDO
Decreto 148	1979 - En	<ul style="list-style-type: none"> • Autoriza a corporaciones financieras a adquirir acciones de sociedades de leasing • Se utilizó el término 'arrendamiento financiero' o 'leasing financiero' para distinguirlo del simple arriendo, el cual se denominó 'arrendamiento operativo o 'leasing operativo'
Decreto 2059	1981	<ul style="list-style-type: none"> • Somete a las leasing a inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y se le fijan ciertas obligaciones que debe cumplir ante la Supersociedades
Decreto 2920	1982	<ul style="list-style-type: none"> • Prohíbe la captación masiva y habitual de recursos del público sin previa autorización
Decreto 3541	1983	<ul style="list-style-type: none"> • Grava el canon de arriendo con el impuesto al valor agregado (IVA) con una tarifa del IVA del 10%
Ley 75	1986	<ul style="list-style-type: none"> • No constituyen costo ni deducción el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros
Decreto 1997	1988	<ul style="list-style-type: none"> • Califica al leasing como una actividad financiera, no obstante estar sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades
Ley 74	1989	<ul style="list-style-type: none"> • Dispone el control y vigilancia de las compañías de leasing por parte de la Superintendencia Bancaria en razón a sus funciones financieras.
Decreto 3039	1989	<ul style="list-style-type: none"> • Ordena como requisitos de existencia para las sociedades de leasing; certificación de autorización expedido por la

		Superintendencia Bancaria y su objeto social debe ser exclusivo, pues esta legalmente predeterminado. Ausencia de estos requisitos produce nulidad de las actividades financieras y consecuencias pecuniarias, multas.
Ley 45	1990	<ul style="list-style-type: none"> • Califica a las sociedades de leasing como entidades de servicios financieros
Decreto 2913	1991	<ul style="list-style-type: none"> • Dispone depreciación en línea recta al tiempo del contrato
Ley 6	1992	<ul style="list-style-type: none"> • Dispone la desgravación del IVA del canon de arriendo • Permite descontar el IVA por la adquisición de bienes en leasing del impuesto de renta
Ley 35	1993	<ul style="list-style-type: none"> • Obliga a convertir a las sociedades de leasing en establecimientos de crédito y así pueden captar recursos del público para financiar sus actividades
Decreto 913	1993	<ul style="list-style-type: none"> • Tipifica el leasing financiero y reglamenta la actividad del leasing
Decreto 914	1993	<ul style="list-style-type: none"> • Enumera los requisitos necesarios para convertir las sociedades de leasing en Compañías de Financiamiento Comercial, organizadas como Establecimientos de Crédito.
Decreto 1812	1994	<ul style="list-style-type: none"> • Permite a las leasing invertir en entidades financieras del exterior y efectuar leasing de propiedad compartida, subleasing y leasing de exportación
Decreto 2649	1993	<ul style="list-style-type: none"> • Activos en leasing revelados en los estados financieros
Ley 223	1995	<ul style="list-style-type: none"> • Reforma tributaria. Considera dos tipos de leasing el que tiene beneficio fiscal y el que no tiene beneficio fiscal
Ley 510	1999	<ul style="list-style-type: none"> • Delimita las funciones de las Compañías de Financiamiento Comercia, que consiste en captar recursos a término con el objeto de facilitar la realización de operaciones de crédito con el fin de pactar arrendamiento financiero
Ley 863	2003 –Dic	<ul style="list-style-type: none"> • Se derogó el parágrafo 3 del artículo 127-1 del estatuto tributario. Lo anterior significa que todos los contratos de leasing financiero pueden ser tratados como arrendamiento operativo, sin límite de cuantía con respecto al patrimonio de los usuarios. • La deducción del 30% del valor de las inversiones en activos fijos reales productivos adquiridos durante los años 2004 a 2007, también es aplicable a los adquiridos bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra. • Al artículo 12 permite que la excepción del IVA para las

		importaciones de maquinaria industrial que no se produzcan en el país, para la transformación de materias primas por parte de usuarios altamente exportadores y empresas sometidas a la ley 550 de 1999, se aplique también cuando los bienes importados se adquieran a través de contratos de leasing
Ley 818	2003 -Jul	<ul style="list-style-type: none"> • Se aprobó un descuento especial para el IVA en las adquisiciones o importaciones de maquinaria industrial por el sistema de leasing²¹

2.8.4. ELEMENTOS

De la misma manera como se analizaron los contratos anteriores, que la doctrina ha llamado como los contratos típicos. El contrato de leasing ha sido una novedad, para nuestra época, pues como lo mencioné al inicio de este título, el leasing se ha convertido en un contrato financiero que proporciona ventajas para las partes, y que inicialmente es muy atractivo para el usuario, pero sin embargo hay que analizar un poco los intereses y la realidad jurídica en nuestro país, pues desafortunadamente la experiencia, ha demostrado la debilidad de nuestra plataforma para adoptar modelos anglosajones, en razón a circunstancias económicas, políticas, jurídicas, sociales etc.

Respecto a los elementos del contrato, es conocido que corresponden aquellos aspectos que debe contener el contrato de leasing, bien sea porque son inminentes para que surtan efectos jurídicos válidos o bien porque en virtud a la libre autonomía de las partes, en la cual el legislador les otorga la potestad a los sujetos contractuales de acordar particularidades, según circunstancias especiales o aquellos que las partes no incluyen en el texto contractual, pero el legislador ha precavido su ausencia, determinando como resolver o interpretar en caso de diferencias o de aclarar ciertos términos o condiciones.

²¹ www.fedeleasing.org.co

2.8.4.1. Elemento Esencial

Para definir los elementos de la esencia del contrato de leasing, es importante que acuda al pronunciamiento del Consejo de Estado, que hablando al respecto dijo: "Concebido así se destacan: 1) Un contrato de arrendamiento de bienes de capital necesarios para determinar la actividad productiva. Esto significa que del leasing se excluyen las cosas incorporales y bienes de consumo durable o no durable. (Art. 1973 y 1974 CC.) 2) La opción de compra del bien arrendado, sujeta a condición suspensiva (hecho futuro e incierto) e incierto del cual pende el nacimiento de la obligación y del correlativo derecho), y a la vez potestativa por cuanto la celebración de la compraventa queda al arbitrio del arrendamiento. Estos dos elementos son esenciales en el leasing, pues sin ellos no existe o degenera en una relación contractual diferente (CC Art. 1501)"²²

Entonces, haciendo alusión al pronunciamiento el Consejo de Estado, hay dos elementos esenciales; la entrega del bien de capital que permite una actividad productiva, cuando se otorgue el uso y goce el bien. El otro elemento que reconoce el Consejo de Estado, es la contemplación dentro del contrato de una opción de compra a favor del usuario, la cuál esta sujeta a una condición suspensiva e incierta.

Sin embargo para algunos autores, como Rodrigo Escobar, agregan a esta clasificación el precio, al igual que el tratadista Hildebrando Leal Pérez, pero también hace mención a ciertas etapas del contrato, denominándolas como elementos esenciales del mismo, tales como; la especificación del equipo y escoger al vendedor sin confiar en el criterio o experiencia del arrendatario y la adquisición del equipo por el arrendador en relación con el contrato de leasing celebrado o por celebrarse con el arrendatario, el cual es conocido por el vendedor²³. De esta forma, es interesante los criterios que el autor tiene en cuenta para decidir que son estos los elementos de gran importancia que distingue, aclarando que son aspectos relevantes en razón a su aspecto económico y financiero, también da

²² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Ponente; José Ignacio Narváez García. Sentencia de diciembre 14 de 1988. Expediente 1661

²³ Leal Pérez, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990. Pág. 263

otros elementos vitales pero atendiendo a motivos de tipo contable y fiscal, el cuál no estudiaremos, pues en la presente investigación es de tipo jurídico.

Es curioso como los autores que he mencionado e incluso el exmagistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, hacen referencia a un elemento diferente y especial, pero no lo mencionan especialmente, sino que lo hace de forma tácita, el cuál es la calidad especial que debe revestir el sujeto dador del contrato, es decir el establecimiento de crédito financiero, pues estos quienes prestan el servicio de arrendamiento financiero o leasing, deben cumplir unos requisitos especiales que la ley impuso además de someterse a vigilancia de la Superbancaria y otras condiciones previstas para la eficacia y seguridad jurídica de estos contratos.

Sin perder de vista lo dicho, el aspecto elemental que contempla el exmagistrado Cifuentes Muñoz, cuándo menciona en esta clasificación; “elementos que conforman el modelo examinado del contrato de arrendamiento financiero... las cláusulas de exoneración de responsabilidad: el arrendador no responde frente al arrendatario:

- a. Por la idoneidad, calidades técnicas y condiciones de funcionamiento del bien arrendado (vicios ocultos)
- b. Por las reparaciones de cualquier naturaleza que deban hacerse al bien arrendado, las cuales, corren a cargo del arrendatario y deberán hacerse por el fabricante, su agente o por expertos.
- c. Por los daños a terceros que se produzcan con ocasión del funcionamiento del equipo o bien arrendado.
- d. Por daño o pérdida que sufra el bien, por las cuales responde el arrendatario.”²⁴

Sí bien estas responsabilidades, suelen ser responsabilidad del arrendador como lo denominan en este contrato de leasing algunos autores²⁵, estas cláusulas de exoneración de responsabilidad no

²⁴ Cifuentes Muñoz, Eduardo. El Leasing. Editorial Temis. Bogotá 1988

²⁵ Personalmente, considero que es un error denominar al establecimiento de crédito financiero, como arrendador, pues es de esta manera se conoce a la parte que permite el uso y goce del bien en el contrato de arrendamiento, que aunque inicialmente pareciera ser un mismo contrato, tienen algunas diferencias y conserven similitudes. Además el mismo

son más que producto de la misma especialidad del contrato, pues este no funciona para todo en general, este contrato tiene un fin especial y una función específica con las empresas y sus bienes de trabajo, la promoción de la producción y desarrollo económico, sin olvidar sus intereses económicos y la posible utilidad a percibir. Así que pues este ingrediente especial que el ex magistrado le atribuye al contrato, es parte de las obligaciones del usuario de leasing o tomador del contrato de leasing y no un elemento esencial del mismo, sino un elemento de su naturaleza, que este tipo de responsabilidades se trasladen al usuario y no a quién adquiere el bien para permitir el uso y goce del mismo, pero si bien es dable que las partes acuerden diferentes condiciones, la ley en caso de duda o aspectos intrigantes o oscuros, ha manifestado que esta es responsabilidad del tomador del leasing.

Después de estas consideraciones doctrinales sobre los elementos esenciales del contrato de leasing, entremos a definir cuales son estos elementos esenciales del contrato de leasing en general sin los cuales el contrato degeneraría en otro, teniendo en cuenta y basándome en las pautas que enuncia la Federación de Leasing Colombiana, son:

2.8.4.1.1. Entrega del bien de trabajo, elegido por el locatario para el uso y goce del mismo

Haciendo alusión a la jurisprudencia aducida anteriormente del Concejo de Estado, este negocio “es un contrato de arrendamiento de bienes de capital, necesarios para determinada actividad productiva, significa que se excluyen las cosas incorporales y los bienes de consumo durable y no durable” ²⁶. Debido a que día a día, la inversión en creación de nuevas empresas con material y equipos de trabajo de primera tecnología es cada vez más difícil, el leasing se presenta como una herramienta adecuada para acceder a créditos de bienes que serán utilizados para la producción y desarrollo económico de la empresa usuaria.

legislador ha denominado este contrato como Leasing según el decreto 1787 del 2003, al reglamentar las operaciones del leasing habitacional o específicamente el decreto 1145 de 2003, entre otros, que reforma el estatuto orgánico del sistema financiero y se refiere a este contrato como leasing. Pero si bien es cierto, esta palabra es un anglicismo, es complicado darle nombre con una raíz de este origen, pero conocerla como dador del leasing y tomador del leasing, me parecen más apropiados y resultan menos confusos al momento de estudiar estos contratos.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Ponente; José Ignacio Narváez García. Sentencia de diciembre 14 de 1988. Expediente 1661

Este elemento esencial, tiene que ver con gran influencia con la etapa preparatoria y la etapa de celebración del contrato, pues en la etapa preparatoria, el locatario a través de una factura proforma y una solicitud formal, le manifiesta a la entidad financiera su deseo de pactar un contrato de leasing, en el anexo que debe adjuntar al documento de solicitud, esta etapa se conoce por “la colaboración entre la compañía de leasing y el cliente que elige el equipo o la maquinaria y desde ese instante se obliga a contratar el arrendamiento”²⁶. Esta situación es realmente especial y autentica del contrato de leasing, pues sí bien en la compraventa, el comprador elige el bien que desea adquirir como propietario y el cuál va a pagar, a cambio del derecho real de dominio sobre el bien seleccionado en virtud de sus cualidades y características específicas, siendo igualmente el comprador, quién va a usar y gozar y por supuesto a recibir la propiedad del bien, mientras que en el leasing encontramos un sujeto que tiene la intención de usar y gozar el bien con un fin económico de producción o de satisfacer una necesidad, con la posibilidad de adquirir la propiedad al terminar el contrato. Tanto el leasing como la compraventa, el comprador y el tomador del leasing eligen, seleccionan el bien, con las cualidades y características que desean, pero se distingue en que el comprador es quién pagará y adquiere el derecho real, mientras que el tomador solo lo elige para que una empresa especializada, autorizada y vigilada por entidad competente tal como, la Superintendencia Bancaria, adquiera el bien a través de una compraventa sí no es fabricante o proveedora del mismo, en el caso que sea proveedora o fabricante sencillamente entregará el bien para permitir el uso y goce del mismo, situación que nos podría confundir con el arrendamiento clásico, pues el bien será trasladado en su tenencia a este usuario, a cambio de un canon, pero a diferencia del arrendamiento, en este instante de elección del bien y de permitir el uso y goce, este no se hace ante una entidad especializada en arrendamiento de bienes, en cambio en el leasing no es posible que una persona natural de en leasing un bien y el arrendamiento se hace sobre un objeto ya existente en el haber del arrendador y no uno que el piense adquirir para satisfacer una necesidad del arrendatario

Al incorporarnos cada vez más en el tema, hay ciertos aspectos que se deben destacar, como las características de la cosa que se entrega en leasing, el perfeccionamiento de la entrega, el título y

modo, entre otros. A continuación abordaré cada uno de estos aspectos indispensables para lograr un análisis del contrato.

TABLA 2. 10. Criterios del análisis del contrato.-

CRITERIO	BIEN ENTREGADO EN LEASING
CONCEPTO	“Es el ente material o inmaterial de propiedad de la sociedad de leasing, idóneo para satisfacer las necesidades profesionales del usuario. Puede ser mueble o inmueble, no puede ser consumible, porque en este contrato con relación a su género que pertenece, debe recaer sobre bienes de uso duradero.” ²⁷
FIN	Permitir el uso y goce del bien a un tomador que tiene la intención de adquirir el la propiedad en el futuro a cambio de un pago de canon como contraprestación y un precio de compra a un valor menor que el mercado.
CARACTERISTICA	<ul style="list-style-type: none"> • Bien mueble o inmueble que no sea consumible, que sea un bien de uso duradero • El bien debe existir al momento de celebrar el contrato o se espera que exista para determinada fecha cierta • Debe ser un bien específico, según necesidades determinadas del tomador, en cuanto a su calidad, naturaleza y cantidad (Artículo 1518 C.C.) • Es un bien susceptible de comercialización • Según la vida útil del bien depende la duración del contrato • Debe producir una rentabilidad financiera • Debe ser de propiedad de la compañía de financiamiento comercial, según artículo 3 Decreto 913 de 1993.
PERFECCION	El bien al ser seleccionado previamente por el usuario o locatario, se obliga celebrar con este hecho positivo el contrato de leasing, pues en razón a su

²⁷ Escobar Gil, Rodrigo. El contrato de leasing financiero. Editorial Temis, Bogotá, 1984. Pág. 58.

DE LA ENTREGA	solicitud, su elección y a un previo estudio minucioso de garantías económicas y financieras, la compañía decide adquirir el bien para darlo en leasing a este locatario por un término suficiente para recuperar la inversión y percibir utilidades. La entrega se hace materialmente, es decir por la mera tradición y al ser un contrato de naturaleza no consensual, no basta con el acuerdo de la voluntad de las partes para que el contrato surta efectos.
TITULO Y MODO	<p>El título es el contrato de leasing, por medio del cual se permite la mera tenencia de la cosa, con derecho a gozar, usar, percibiendo los frutos o utilidades que este bien puede producir a favor del tomador.</p> <p>El modo es la mera tradición, pero en casos de bienes como naves, aeronaves, inmuebles es necesario hacer el registro ante la entidad competente de la tradición por virtud del contrato de leasing, en el cuál se deja constancia en el contrato que el bien es propiedad de la compañía de financiamiento comercial.</p>

Al respecto, es característico de los bienes del leasing financiero, que estos proporcionen rentabilidad económica a quién adquiere el bien a título de leasing, pues estos forman parte de un proceso de producción económica de la empresa usuaria, son bienes de capital.

En la práctica es usual que se utilice este contrato para bienes muebles como: equipos de industria petrolera, minera, eléctrica, de construcción, de transporte, etc. Equipos de maquinaria pesada. “son bienes de equipo o de capital, bienes muebles que eventualmente pueden devenir en inmuebles por incorporación y que utiliza el industrial como instrumento fundamental para la producción de los bienes resultantes de un proceso industrial, son bienes no consumibles, lo que deja por fuera la materia prima y como tales puede ser objeto de amortización fiscal que traduce, en últimas la disminución económica de su valor. Son bienes de utilización profesional y rentables, de cuya utilización el industrial puede esperar un incremento adicional”²⁸

²⁸ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios y su Significación en América latina. Editorial Legis. Quinta Edición, Bogotá, 2002

Sobre la misma naturaleza del bien, el autor Villegas ha dicho, “puede ser objeto de este contrato los bienes muebles y los inmuebles. En el ámbito económico es común hablar de bienes de capital o bienes de equipo, para designar estos bienes cuya función radica en participar en la explotación de una empresa. Son bienes de producción porque sirven para la obtención de otros bienes o son instrumentos para producir servicios”²⁹ Esta naturaleza especial del bien que se da en leasing, es pues susceptible ser de consumo, acá brota una vital diferencia entre este contrato típico, en el arrendamiento se trata igualmente de bienes que no son susceptible de consumo o fungibles, entonces encontramos que el arrendamiento y el leasing suelen distinguirse en este punto especial, en razón a que en el primero el bien puede ser de standard, no con unas cualidades especiales, mientras que en el segundo, es la misma naturaleza del bien su cualidad productiva pues es un bien que representa utilidad económica, para la parte locataria. Este atributo especial lo diferencia del bien que se entrega en el arrendamiento.

Recapitularé para sobresaltar las minúsculas diferencias que se pueden apreciar entre uno y otro contrato que señalaré así: el bien dado en leasing financiero, generalmente son bienes que producen renta o satisface una necesidad básica en la fabricación o producción de un servicio, donde se otorga el uso y goce del bien por una empresa especializada y autorizada por la Superintendencia Bancaria, además, es un bien que conserva la posibilidad de ser propiedad del usuario o locatario al finalizar el contrato. El arrendamiento, no se requiere que sea otorgado por un sujeto calificado y tampoco en el contrato se contempla la opción de adquirir su propiedad al finalizar el contrato de arrendamiento. El arrendatario se limita a usar y gozar el bien a cambio de un canon que cancela mensualmente.

2.8.4.1.2. Canon

Se dice que el canon es “la remuneración que recibe la sociedad de leasing por el uso y goce del material de equipo. Es un elemento esencial del leasing financiero, si no hay precio, este contrato inexistente y puede presentarse la conversación a comodato cuándo aparecen que la finalidad del

²⁹ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de derecho bancario. Editorial jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1987. Pág. 304.

propietario del equipo no es prestar un servicio financiero gratuito”³⁰ Esta definición de canon, se basa en el mismo concepto que se le ha otorgado al contrato de compraventa y arriendo, en las páginas anteriores, pues en todos los casos consiste en un pago primordialmente en dinero, a excepción de la compraventa la cuál acepta parte de su pago en especie siempre que no sea más de la mitad del valor total del precio de venta, en el arrendamiento el canon es en dinero o bien en frutos naturales (artículo 1975 C.C.), mientras que en el leasing solo se admite en dinero, el legislador no habla de pago en especie o en frutos, sino de una suma de dinero específica acordada por las partes.

Pero a pesar de esta situación, este precio cumple con ser determinado o determinable, serio y real, cualidades que acompañan a el precio de la compraventa, el canon del arrendamiento y por supuesto al canon de leasing también. Sobre estas características del precio o canon, el artículo 1976 del Código Civil, remite al contrato de arrendamiento a las normas de la compraventa, el cuál dice “El precio de la venta debe ser determinado por las partes”³¹. La similitud presente en los tres contratos, cuándo estudiamos las características de esta cualidad onerosa de los mismos, el cuál principalmente debe ser determinado, bien sea por las partes o por cualquiera de los medios o pautas legales que se indiquen y permitan establecer un precio justo y correspondiente a la contraprestación que permite el vendedor, arrendador o compañía de leasing, pues en la compraventa puede surgir la lesión enorme en vista a un precio injusto, por no estar determinado correctamente, mientras que el arrendamiento y en el leasing esta figura jurídica que protege tanto al comprador y al vendedor no existe y no es susceptible de aplicarse.

Determinar el precio en el contrato, o en los contratos que hago referencia, es un elemento esencial, determinante para darle la calidad de compraventa, de arriendo o de leasing, de lo contrario puede ser una donación, comodato etc. Pues hay que recordar el principio consagrado por la legislación positiva y por las doctrinas civilistas que propugnaban Planiol y Ripert “mientras las partes no han determinado el precio, la compraventa no ha quedado concluida, pero la determinación se hace tan pronto como se llegue al acuerdo sobre los elementos del precio, aún cuando todavía no sea posible

³⁰ Escobar Gil, Rodrigo. El contrato de Leasing Financiero. Editorial Temis. Bogotá, 1984. Pág 59

³¹ Código Civil y Legislación Complementaria, Artículo 1864. Editorial Legis. Bogotá, 2002.

evaluar en dinero esos elementos, basta con que el precio pueda ser establecido más tarde por una simple operación o una serie de operaciones aritméticas, sin ninguna apreciación arbitraria”³²

Cuándo abordamos este tema, debemos aludir a nuestro legislador en la definición, que le asignó al arrendamiento financiero, hace mención al canon, de la siguiente forma; “la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para efecto, financiando su uso y goce a cambio de un pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado... 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”³³. El mismo legislador le ha dado la calidad de oneroso a este contrato pues es la contraprestación principal que recibe la compañía de leasing por el bien que entrego, para uso y goce, con el cuál no sólo recibirá el valor de la inversión, que se amortiza mientras dure el contrato hasta su fin y los gastos que ha asumido la compañía, sino que también tiene derecho a percibir utilidades pues es finalmente un negocio, en el cuál los intereses económicos son el móvil del mismo.

Partiendo de la característica onerosa del presente contrato, es de interés de las partes obtener una renta o utilidad de producción por virtud del bien, de este modo, respecto a la característica en mención, el estudioso Carlos Vidal, ha planteado unos parámetros determinantes que se deben tener en cuenta cuando se calculará el canon que se cancelara periódicamente, estos son para el profesor Vidal ciertos aspectos que el canon contiene, estos son:

- “Los intereses sobre la suma anticipada por la sociedad de leasing
- La cuota de dicha suma
- Los gastos sostenidos periódicamente por la Sociedad de leasing
- El margen de beneficio”³⁴

³² Planiol y Ripert. Derecho Civil Francés. Tomo X, Pág. 36.

³³ Decreto 913 de 1993. Artículo 2.

³⁴ Vidal Blanco, Carlos. El leasing en España. Cuadernos IMPI N° 26. Madrid, 1989.

Según estas consideraciones y haciendo alusión al legislador colombiano en la Ley 223 de 1995 “Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario, deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la parte que corresponda a intereses o costos financieros. La parte correspondiente a abonos de capital, se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, como un menor valor de éste. La parte de cada canon correspondiente a intereses o costo financiero, será un gasto deducible para arrendatario”³⁵.

Es interesante comparar el contenido del canon de leasing con el del arrendamiento, pues el canon del leasing financiero incluye una parte del precio del derecho a ejercer la opción de adquisición, es decir el valor del bien para adquirir la propiedad y otra parte que es el mismo costo que se tiene que cancelar en el canon de arrendamiento normal, como lo sustenta el profesor Vidal y la legislación nacional, pero respecto al segundo elemento que contiene el canon de arrendamiento, el cual corresponde al uso y goce del bien, que se pacta libremente entre el arrendador y el arrendatario o tomador del leasing y dador del leasing; este varía según el tipo de bien que se trate y según las condiciones que se asuman por las partes contratantes. Así que este elemento tiene su similitud pero igualmente una diferencia diáfana.

Habiendo señalado, los elementos que integran el canon en el leasing, para determinarlo, depende de ciertas reglas especiales, tales como; costos administrativos y cálculos financieros en cuanto a las utilidades y riesgos, en concordancia con el Autor Vidal, sin embargo el Consejo de Estado ha dicho que “la compañía arrendadora siempre toma en cuenta factores de índole financiera y técnica, que inclusive fiscalmente inciden estas consideraciones:

1. Los bienes objeto de leasing constituyen para ella un activo fijo pues son adquiridos para arrendarlos y obtener ingresos por el leasing, pues aunque a la expiración de éste eventualmente los enajene, la incertidumbre de esa compraventa depende del cliente, si ejerce o no, el derecho de opción de compra.

³⁵ Ley 223 de 1995. Artículo 88, numeral 2, literal C.

2. Como consecuencia, estos bienes que producen una renta y utilidad a favor de la compañía leasing son depreciados por según la vida útil del mismo. Este cálculo es señalado por la ley con ciertos sistemas permitidos.
3. En el término del arriendo financiero, el usuario paga los cánones por el uso o disfrute del equipo o maquinaria y asume los gastos de mantenimiento, los cuales cancela al fabricante o proveedor o el taller autorizado, pero los beneficios de la garantía de fabricación los recibe el arrendatario.

Todos estos gastos son deducibles de la renta del arrendatario en cuanto tengan relación de causalidad con los ingresos, y así mismo son deducibles en su totalidad incluyendo el IVA pagado por el servicio de leasing³⁶

Al tener en cuenta, que este contrato recibe una amortización por el valor invertido en la compra del bien, la cuál es definido al momento de decidir el valor del canon, este costo que se incluye en el uso y goce que recibe el tomador, es parte del pago que hace para adquirir el bien en un futuro.

Finalizado el contrato, ejerciendo la opción de compra, analizando la vida útil del bien, el tomador sí opta por comprar el bien, habrá cancelado parte del valor del mismo y tan solo tendrá un saldo residual que fue pactado desde su inicio y será el precio de venta. No se puede perder de vista que “el precio de la cuota y el valor residual se fijan en función del plazo de vida útil del bien y del período de utilización previsto en el contrato. Esto permite que bienes de larga vida (como aeronave, inmuebles, barcos etc.) puedan ser objeto de contratos de leasing de varios años de duración”³⁷

Así que de esta forma, en el contrato de leasing se confunde el precio que es elemento esencial en la compraventa y el mismo canon elemental en el arrendamiento. El precio de compra esta formado por “los elementos comprendidos en la inmovilización material que deben valorarse al precio de adquisición, deducidas, en su caso, las amortizaciones practicadas. La amortización ha de establecerse en función de la vida útil de los bienes, atendiendo a la depreciación que normalmente sufran por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar, así mismo, la obsolescencia

³⁶ Sentencia del Consejo de Estado. Sección cuarta. Diciembre 14 de 1988. Expediente 1661. Ponencia de José Ignacio Narváez García.

que pudiera afectarles”³⁸. Este elemento esencial, es definitivamente determinante al momento de concretar el significado del mismo carácter oneroso en el leasing, pues en la compraventa y el arrendamiento, no existe incluido dentro del precio o canon, la amortización del bien, ni tampoco la vida útil para calcular su costo, tampoco hay lugar a intereses dentro del canon, salvo que haya lugar a la mora, la cuál es legalmente y justa en los contratos de nuestro estudio, aunque el interés de mora es un elemento común, que más adelante estudiaremos, antes es importante dejar claro que el canon de arrendamiento financiero contiene diferentes elementos que elevan el costo de un canon regular, pues no solo incluye una parte del valor del bien, “El precio de adquisición del inmovilizado material suministrado por un tercero incluye, además del importe facturado por el vendedor, todos los gastos adicionales que se produzcan hasta su puesta en funcionamiento, que vienen a incrementar su valor: impuestos que graven la adquisición, gastos de explanación y derribo, transporte, aduanas, seguros, instalación, montaje y otros similares”³⁹.

Ahora bien, abordemos la mora en el contrato de leasing, esta sanción surge por el mismo motivo que nace en los otros dos contratos típicos, pues en virtud a “un atraso en la atención de cualquier obligación de carácter pecuniario, así como de cualquier otra obligación pactada”.⁴⁰ Esta sanción es común en todos los contratos onerosos, en los que haya prestaciones mercantiles o dinerarias, la mora es la que la ley ha establecido para mantener el respeto y la seguridad en las relaciones mercantiles, pero también es propio que las partes acuerden otro tipo de sanciones, como multas, cláusulas penales, indemnizaciones etc.

Respecto a la mora, el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, ora de así “Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor

³⁷ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1987. Pág. 305.

³⁸ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág 126

³⁹ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág. 127.)

⁴⁰ www.fedeleasing.org.co

como sanción por el simple retardo o incumplimiento en el plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquier sea su denominación”⁴¹. Así que en el leasing financiero la mora se pactará de acuerdo a las normas generales que rigen para la mora en los demás contratos de obligaciones monetarias o pecuniarias, la cuál se toma como base de la Certificación Bancaria que hace la Superbancaria según la tasa de interés bancario corriente.

No solo quienes, en su calidad de arrendatarios financieros o usuarios del leasing, olviden cumplir oportunamente el plazo para realizar sus obligaciones, reciben la sanción de tener que pagar la tasa moratoria, mayor que la ordinaria; sino que el arrendador financiero o compañía de Leasing que cobre una tasa de interés mayor a la máxima permitida por la ley, la cual se certifica mensualmente por la Superintendencia Bancaria, también tienen su sanción, por estar dentro de la configuración de la usura, la que consiste en perder todos los intereses remuneratorios o moratorios recibidos, aumentados en un monto igual, esto como sanción impuesta por la ley y, sí además, como ocurre en Colombia para todas las compañías de Leasing, la entidad es vigilada por la Superintendencia Bancaria con la posibilidad de otras sanciones de carácter administrativo y pecuniario, en virtud al artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

La mora pues en los contratos financieros, es un elemento común, pero no hay que olvidar las facultades que tienen las partes para pactar demás sanciones en razón al incumplimiento de sus deberes o bien, por cláusulas especiales que acuerdan, sin embargo la mora, es claramente consagrada en todo contrato mercantil con interés pecuniario, en algunos casos es causal de terminación del contrato, sí las partes así lo pactan e incluso con indemnización a perjuicios

Es usual en el contrato de leasing, situación que no se presenta en el arrendamiento, pactar diferentes clases de canon, tales como:

“Canon fijo: pagos iguales durante la vigencia del contrato, ya sean anticipados o vencidos. Éste canon puede modificarse por cambios en las condiciones del mercado, si así lo contemplan las partes.

⁴¹ Ley 45 de 1990. Artículo 65.

Canon variable: pagos que varían conforme a las condiciones del mercado o al acuerdo de las partes. La periodicidad de la variabilidad depende de lo que se haya pactado y generalmente están ligadas a una tasa de referencia como la DTF, la TCC, la tasa de devaluación, etc.

Canon creciente: pagos que van aumentando en la medida en que se va ejecutando el contrato

Canon decreciente: pagos que van disminuyendo en la medida en que se va ejecutando el contrato⁴¹.

2.8.4.1.3. Opción de Compra al terminar el contrato:

Este elemento es autóctono del contrato de leasing, pues sólo encontramos en nuestra legislación un contrato que permita adquirir el dominio a través de un precio después de haber usado, gozado y elegido el bien según sus propias necesidades.

La opción de comprar el bien, es una cláusula del contrato que se inserta necesariamente, pues de lo contrario, no hablaríamos de leasing, esta cláusula cuenta con ser suspensiva e incierta, suspensiva, porque hay que darle espacio y tiempo para que se cumpla, que generalmente es el plazo total del programa de arrendamiento financiero; es decir por un término de tiempo establecido de libre y común acuerdo por las partes. Cuando este tiempo se cumpla, la condición suspensiva se convierte en real e inmediata, pues ha llegado el momento en que la incertidumbre se debe esclarecer. Esta incertidumbre que menciono, la cual es una característica de la cláusula de opción de compra, me refiero a que sí bien el locatario del bien de leasing, al inicio del contrato necesitaba indefectiblemente el bien para la producción, para mejorar sus operaciones de trabajo, para satisfacer una necesidad comercial, este bien al ser susceptible de obsolescencia y de vida útil, puede suceder que el bien ya no sea importante para el locatario, como bien que sí lo sea, pero esta incertidumbre solo se concreta, cuando el locatario decide, sí desea comprar el bien o no.

⁴¹ www.finandina.com/FinanciaVeh/Leasing/

Entonces, sólo se puede cristalizar esta opción al momento de que el término o plazo pactado desde el inicio del contrato se cumpla, pues no es susceptible de ser ejercida esta opción de adquisición anticipadamente, “en virtud de ser un contrato oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, en el cumplimiento de prestaciones recíprocas debe darse durante el plazo acordado, el ejercicio de la opción debe realizarse al finalizar dicho plazo. No obstante las partes pueden acordar su terminación anticipada, en cuyo caso, deben estipularse las condiciones a que estaría sujeta dicha terminación”⁴² así lo declaró la Superintendencia Bancaria. Entonces este contrato detenta un riesgo para la compañía de financiamiento comercial, pues el negocio para estas, es percibir los cánones hasta el fin del contrato, pues al ser un contrato de financiamiento pueden recibir el valor invertido, las utilidades, intereses de amortización y en caso de incumplimiento interés por mora, al final los bancos y las entidades financieras tienen como fin es adquirir utilidades y multiplicar el capital que cuentan.

Resulta conveniente definir que es realmente la opción de compra que nuestro legislador definió para el contrato de leasing y se plasmó en el decreto 913, de lo cual se ha citado en este escrito y que reseñaré: “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”⁴³. Se destaca claramente que el legislador le da el carácter de tracto sucesivo, oneroso y conmutativo.

Estudiosos del derecho han definido esta cláusula así; “Al término del contrato, el arrendatario que haya cumplido todas las obligaciones previstas en el mismo goza de una opción de compra del bien arrendado, para cuyo ejercicio debe pagar una suma determinada.”⁴⁴ En esta descripción que hace

⁴² Superintendencia Bancaria. Circular Externa 007 de 1996.

⁴³ Decreto 913 de 1993. Artículo 2.

⁴⁴ Cifuentes Muñoz, Eduardo. El leasing. Editorial Temis. Bogotá 1988. Pág. 121.

el exmagistrado Cifuentes, encontramos que enuncia, un requisito fundamental para poder ejercer este derecho que tiene el locatario de elegir en adquirir el bien, además del cumplimiento del plazo, el cuál consiste en haber cumplido con todas las obligaciones impuestas bien sea por la ley o lo que las partes en común han acordado al inicio del contrato. Se puede decir que es como el beneficio, que puede el usuario del leasing acceder, después de haber sido responsable durante el contrato, pues recordemos que el valor de la opción de compra, usualmente las partes suelen pactar el valor de un canon más, por el mismo precio al que se cancela periódicamente, pero siempre es un valor menor a el mercado.

La doctrina Argentina, ha definido el elemento esencial que estudiamos diciendo; “cuando el tomador ejerce la opción reservada al tiempo de celebrar el contrato o su renovación, de donde se concluye una verdadera transferencia de la propiedad en virtud de la ejecución de la obligación oportunamente asumida por el dador. Por lo demás, la prerrogativa de adquirir el bien constituye un elemento esencial del contrato”⁴⁵ Esta opinión, simplemente nos agrega a la definición del profesor Eduardo Cifuentes, la posibilidad de terminar el contrato y optar por la renovación del mismo, pues también habla del deber del usuario de cumplir con sus obligaciones y responsabilidades en la ejecución del contrato y el deber y obligación del dador de acceder a la venta en caso de que el usuario así lo decida. Frente a esta situación se encuentran muchos aspectos que integran la opción de compra, algunos diferentes a los que ya he mencionado, “esta opción o promesa unilateral de venta es un contrato preparatorio en virtud del cual el promitente vendedor se obliga a celebrar un contrato de compraventa, si en una época determinada el optante se resuelve a comprar, por tanto origina una obligación de hacer o no hacer”⁴⁶ y es interesante para nuestro análisis, aludir a lo que el autor Sergio Rodríguez agrega al tema “la opción está constituido por adquirir el bien o bienes objeto del contrato... es el valor residual de las maquinarias, equipos, nada resulta más tranquilizador para el arrendatario que tener definido desde un comienzo cuál ha de ser el precio o cómo puede

⁴⁵ Lavalle Cobo, Jorge E. Pinto, Carlos. Leasing mobiliario. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1982. Pág. 2.

⁴⁶ Escobar Gil, Rodrigo. El contrato de Leasing Financiero. Editorial Temis. Bogotá, 1984. Pág. 61.

determinarse, para evitar el riesgo de que ante un eventual valor comercial superior al residual la sociedad de leasing, si bien se allane a cumplir su obligación de vender⁴⁷

Ahora, me permito abordar sobre las declaraciones hechas, es interesante encontrar, que este aspecto es de inminente obligación que se contenga dentro del contrato, pues es una opción de compra, permite que por medio del contrato de leasing se traslade el derecho real, al igual que la compraventa, son distintas, pues sí fuera una compraventa a plazo o bajo condición, el bien siempre hubiera estado en el haber del usuario o del comprador, mientras que en el leasing el bien nunca sale del patrimonio de la compañía de leasing hasta que no se opte por la opción de compra y se cancele su precio previamente pactado al inicio del contrato, pues el objeto del contrato es la explotación del bien, mientras que en la compraventa, bien sea a plazo o condicional, el objeto es adquirir el bien, así la calidad de dueño y señor del mismo, calidad que en la compraventa se ostenta desde el inicio del contrato.

Entonces, la opción de compra, es bien una cláusula que se incorpora dentro del contrato de leasing, en el cuál las partes libremente han pactado la una a otorgar la adquisición y la obligación de vender el bien, si el usuario del leasing así lo ha decidido, en cuyo caso se debió haber cumplido un tiempo prudencial que los mismos sujetos del contrato pactaron desde el inicio del contrato para resolver este cuestionamiento que detenta el usuario, pues el interés del usuario es la explotación del bien y posteriormente a esta explotación, decidir si adquirir el bien objeto del contrato, cancelando un precio determinado desde que se firmo el contrato. Entonces retomemos pues los elementos que forman la opción de compra los cuales los podemos resumir en: precio y plazo.

TABLA 2.11. Criterios de la opción de compra.-

CRITERIO	OPCION DE COMPRA
PLAZO	Constituye el plazo; el periodo que tiene el usuario una vez vencido el plazo de uso, notificar a la compañía de leasing sí opta o no por adquirir el bien dado en leasing o no. Este plazo coincide con la duración del contrato.

⁴⁷ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios y su significación en América Latina. Editorial Legis. Edición 5°. Bogotá, 2002. Pág. 721.

PRECIO	<p>El precio equivale, al valor residual, que se debe cancelar cuándo el usuario ha decidido por adquirir el bien, del contrato de leasing. Este precio debe ser determinado o determinable, serio, justo y real.</p> <p>Fedeleasing ha dicho que este precio equivale de “común acuerdo entre la compañía de leasing y locatario. Lo más usual es que sea del 10%, es decir que el valor por el cual se adquiere el bien, al final del contrato, es del 10% del costo de adquisición del mismo”⁴⁸</p>
TITULO	La Propiedad se transfiere a título del contrato de leasing, en virtud a la opción de compra establecida desde su inicio
MODO	Por medio de la tradición, el legislador ha dicho que el acuerdo de las partes en los elementos esenciales es suficiente para que nazca y surta efectos jurídicos, pero sin embargo la mera tradición no es suficiente, cuándo se trata de naves, aeronaves, buques, inmuebles etc., los cuáles en virtud a la naturaleza del bien, deben ser registrados ante las instituciones competentes.
FINALIDAD	La finalidad del leasing es la explotación del bien con el anhelo o la incertidumbre de adquirirlo al vencer el plazo pactado. Pero al decidir por la opción de compra, se entiende que el locatario desea adquirir el bien para su haber patrimonial.

El contrato tiene que conferir al tomador la posibilidad de adquirir el bien, vencido el plazo de uso, tiene que fijar el importe del valor residual, pudiendo prever su costo de salvamento ó de opción de compra. Esta característica es el elemento más determinante y especial en el contrato, pues sin esta opción de compra estaremos en presencia de otro contrato, pero no de leasing. Desde el momento en que las partes acuerdan el contrato, fijan una fecha determinada de expiración y en ese momento el tomador tiene el derecho de hacer uso de ejercer la opción de compra del bien, pero sí el usuario no quiere adquirirlo, puede devolver el bien a la entidad financiera para el respectivo remate en subasta pública o incluso pactar prorrogación en el contrato, es decir renovarlo con un cálculo de renta ajustado a las nuevas condiciones del bien. Pero este elemento sólo se materializa al momento de terminar el contrato de uso y goce del bien, solo ahí se puede ejercer la opción de adquirir o de compra el bien.

⁴⁸ www.fedeleasing.org.co

Estudiaremos someramente, la suerte del bien y de las partes en los dos supuestos que se pueden presentar al momento de decidir negativamente sobre la condición suspensiva e incierta, como es esta opción de adquisición.

Entrega del bien a la Empresa de Leasing: En el caso en que la empresa de leasing reciba el bien, porque no se ejerce la compra, para lograr la amortización del valor residual será necesario una vez devuelto el bien, proceder a su venta o subasta pública. Obtenido el precio de la venta o subasta, si resulta inferior al valor pactado, el cliente tomador debe pagar la diferencia resultante, dentro del plazo convenido ó la compañía de Leasing puede asumir la pérdida. Pero si el precio de la venta o subasta es superior al valor residual, la entidad debe entregar esa diferencia al cliente tomador, a riesgo de configurar una ganancia ocasional para la Compañía de Leasing, dependiendo de su cuantía.

El usuario tiene todo el derecho en devolver, sí el bien no se ajusta a sus necesidades, pues la opción de compra es un elemento esencial del contrato, más no es esencial y obligatorio que se realice la transferencia de la propiedad del bien, para que el contrato de leasing se configure.

Prorroga del contrato con la Empresa de Leasing: Pactar al finalizar el término inicial del contrato, la prórroga del mismo, es un elemento accidental del contrato de leasing que estudiaremos a continuación, pero en este aspecto que hemos querido delimitar, es interesante que el locatario puede en virtud de una prórroga solicitar que se pacte el mismo contrato por un nuevo término inicial y un valor de un canon diferente al cancelado, pues se entiende que en el contrato expirado, la compañía financiera ha percibido todas sus utilidades y su inversión hecha al inicio del contrato.

2.8.4.2. Elementos Naturales

Uno de los elementos de la naturaleza del contrato de leasing corresponde a los sujetos que realizan el contrato, pues “las partes que intervienen en el contrato de leasing, son dos, la cuál una debe ser calificada y debe cumplir los requisitos legales y constituirse para tal fin únicamente. Las compañías de financiamiento comercial, son las encargadas de este tipo de operaciones comerciales, quien será la propietaria del bien objeto de arriendo, La compañía es el proveedor y el otro es el

locatario.”⁴⁹ Es elemento de la naturaleza del contrato que debe ser con sujeto calificado, es decir la compañía de financiamiento comercial, debe ser quién da el bien en leasing, esto aunque no se debe contemplar dentro del contrato, se entiende incluido en el mismo, pues sí no es una entidad autorizada por la ley, el contrato de leasing no puede producir efectos, este caso sería un nuevo contrato diferente.

Otro elemento importante en la naturaleza del contrato es respecto a la responsabilidad de mantenimiento y de estar en buen uso, el que es responsabilidad del usuario o locatario, por la ley, pero para evitar futuros inconvenientes, el legislador ha dicho que en estos casos es mejor tomar una póliza de seguro, como garantía al uso, en el criterio de garantía, dedicaremos tiempo a esa materia, además el locatario no sólo procurar el buen mantenimiento del bien, sino permitir también la inspección del mismo cuando la Compañía de Leasing así lo considere, sin necesidad de previo aviso.

La legislación en miras de proteger al propietario del bien, es decir compañía de leasing, ha impuesto el deber de que el bien contenga una señal, marca o membrete en el que se conste quién es el propietario, el registro en el que consta tal propiedad del bien, el contrato de leasing bajo el cuál se le permite el uso y goce. Esta marca de propiedad del bien, tiene como fin la protección del bien frente a terceros acreedores del locatario.

Sin embargo, partiendo desde la realidad económica, de las expectativas y posibilidades de desarrollo económico de las pequeñas, medianas empresas, quiénes son las más beneficiadas de este tipo de contratos, puede suceder que los estudios previos hechos por la compañía de leasing para definir la financiación del bien y la adquisición del mismo, existe la posibilidad de que la empresa usuaria no tenga tanto éxito y deba declararse en concordato o en liquidación obligatoria, en estas circunstancias, hay que tener en cuenta que el contrato de leasing debe reunir las

⁴⁹ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Jose Maria Bosh Editor. Barcelona, 1999

características esenciales de un título ejecutivo para que preste mérito ejecutivo en estos casos, así que debe ser un documento en el que se expresa una obligación clara, expresa y exigible, tal como nuestro código de comercio nos indica, de esta manera, entonces podemos iniciar un proceso ejecutivo en el caso que simplemente incumpla en las obligaciones y solicitar las medidas cautelares que son la restitución del bien objeto de leasing, entre otras, pero en el caso de liquidación obligatoria concordando, con este mismo documento de contrato de leasing, sirve como título suficiente par hacer valer sus derechos a el pago de las obligaciones contraídas y hacer valer pues sus derechos en el proceso concordatario o de liquidación obligatoria.

En razón a que este contrato contiene características muy similares al contrato de compraventa y de arrendamiento, se rige en muchos casos por las reglas de la compraventa, como en el caso de la determinación del precio de la opción de compra, del cuál hemos estudiando anteriormente, o el uso, goce, pago de cánones, en caso de no pago, pues recurrir a proceso ejecutivo para que coactivamente se cumpla, el termino que pactan las partes de duración del contrato, pues debido a que el bien cuenta generalmente con una vida útil larga, pues de igual forma la duración del contrato no es como usualmente en los arrendamientos por un año, dos o tres en el caso de los locales comerciales, con derecho a prorroga, pues recordemos que en este contrato el vencimiento de término del contrato da lugar a ejercer la opción de compra, etapa del contrato que da fin al mismo, cuando es afirmativa la respuesta por parte del usuario. Así que el término del contrato es un elemento natural, que las partes libremente lo pactan, pero que la misma ley ha establecido que estos términos suelen ser largos en razón a la productividad del bien, pues generalmente es maquinaria pesada, naves, aeronaves o inmuebles.

2.8.4.3. Elementos Accidentales

Teniendo en cuenta, la cuantía de este contrato, la inversión que hace la compañía de leasing o locataria, es importante que las partes pacten la cláusula compromisoria, en escritura pública o en

documento privado autentico, con el fin de someter los conflictos o las diferencias que se susciten en el desarrollo del contrato a la decisión de amigables componedores, para agilizar la solución a estas diferencias y cumplir con el objeto del contrato celebrado por las partes.

También las partes pueden como en todos los demás contratos, como se ha dicho en el de compraventa y arrendamiento, la posibilidad de insertar cláusula penal y multas en caso de incumplimiento de las obligaciones, retardos injustificados o por perjuicios causados.

Subarriendo del bien dado en leasing: Hablar del subarriendo del bien objeto del leasing, es igual que en el contrato de arrendamiento, debe ser expresamente autorizado por la compañía de leasing, con la misma formalidad como se realizo el contrato, pues en derecho sabemos que lo principal sigue a lo accesorio, entonces sí el contrato de leasing se elevo a escritura pública, la autorización de realizar el subarriendo deberá realizarse de la misma manera. Cuando el subarriendo se permite, el locatario de la compañía de leasing debe seguir respondiendo por las mismas responsabilidades que solía responder, las consecuencias en el mal uso por parte del subarrendatario del bien, con responsabilidad del locatario. Frente a está consideración la federación latinoamericana de leasing, la federación europea de leasing y la federación colombiana de leasing, han coincidido en este aspecto, pues la autorización es inminente para que surta efectos y sea posible y la responsabilidad respecto al bueno uso y mantenimiento no se puede desplazar al sublocatario, pues este no tienen ninguna relación jurídica con la compañía de leasing, estos dos sujetos contractuales en la mayoría de los casos no se conocen y no han acordado absolutamente nada, sin consentimiento no pueden nacer obligaciones para las partes.⁵⁰

2.8.5. CARACTERÍSTICAS

Particularmente, este contrato no cuenta con especiales determinaciones que limite su descripción, pero sin embargo la práctica ha permitido que se desarrolle a través del ejercicio y promoción de

⁵⁰ www.fedeleasing.org.co www.leaseurope.org www.felalease.net

este contrato, debido a que las autoridades gubernamentales y financieras, han logrado darle regulación a través de los institutos jurídicos tradicionales, como consecuencia de la fuerte influencia que tiene el contrato de arrendamiento y compraventa, en este contrato de leasing financiero.

Estas características se pueden enumerar, teniendo en cuenta su estructura, la función que presta, el fin perseguido y su perfeccionamiento, sin embargo hay quienes afirman que este contrato se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, como lo nombra en su libro Escobar Gil²³.

Las cualidades que cobijan este contrato de leasing son:

2.8.5.1. Consensual y Formal

Se dice que basta con que las partes se pongan de acuerdo, para que el contrato se perfeccione aún sin que se haya hecho entrega del bien que se entregara en leasing, “desde el momento en que la sociedad de leasing, y el usuario se ponen de acuerdo en cuanto a las condiciones generales”²³.

Este aspecto del contrato de leasing es común en el contrato de compraventa y arrendamiento, el los que basta simplemente que las partes acuerden la cosa y el precio para que este se entienda perfeccionado. En el caso de la compraventa es un bien que se va adquirir el derecho real y se pagará el precio total del bien, su costo comercial, en el arrendamiento el bien que se permite el uso, no le pertenecerá ni en un futuro en virtud del contrato al arrendatario y su precio es simplemente un pago proporcional al uso del mismo, que no puede ser variable, debe ajustar a lo que los legisladores han dicho. En el contrato de leasing, el acuerdo en la compra del bien por parte de la entidad financiera a petición del arrendatario, el cuál prestará el servicio de uso y goce, con la posibilidad de adquirir el bien al dar por terminado el contrato, además el precio suele variar, debido a que no solo incorpora un costo por el uso del bien sino también parte del precio de su costo para adquirirlo.

Sin dejar de ser consensual, las partes y la ley ha impuesto que para algunos casos especiales de contratos de leasing como garantía y seguridad jurídica de las partes cierta solemnidad a través de Escritura Pública y de la inscripción del contrato en las entidades que vigilan y controlan el bien objeto del mismo, esto es en el caso de Leasing inmobiliario o habitacional, de naves, aeronaves, como consecuencia de la naturaleza del bien. “Es un contrato Consensual; para su perfeccionamiento basta la voluntad de las partes, no obstante, para fines probatorios y por tratarse de operaciones que se financian con el ahorro del público, la mayoría de los contratos se hacen constar por escrito y en el caso de leasing inmobiliario, no es extraño que, además, se eleve a escritura pública.”²⁴

2.8.5.2. Bilateral

Esta clase de contratos, se caracterizan porque “las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales, están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia, si una de las partes deja de cumplir las de su cargo, la otra parte queda exonerada de las suyas, o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución y en ciertos casos a ser indemnizado”²⁵. En el contrato de leasing se engendran obligaciones para el tomador y dador del bien, hay quienes dicen que no es bilateral, al respecto el tratadista Escobar Gil, afirma “Es un contrato plurilateral, pues surgen obligaciones para la sociedad de leasing y usuario, partes principales y el proveedor, fabricante o distribuidor del bien, parte secundaria ... el proveedor, se obliga a entregar y garantizar el material, según las condiciones técnicas anunciadas en la factura y subsanar la aparición de vicios ocultos”²⁶ frente a este comentario del respetado autor, no estoy de acuerdo pues decir que es trilateral en razón a la persona proveedora del bien no es cierto, pues si bien la entidad financiera celebra un contrato de compraventa con un proveedor sobre un bien que ha sido previamente seleccionado por el cliente, este contrato que celebra la compañía de leasing no es más que un simple contrato de compraventa, en la que el usuario no participa sino eligiendo el bien, pero no contrae ningún tipo de obligaciones

²⁴ www.fedeleasing.org.co

²⁵ Ospina Fernández, Guillermo. De los Actos jurídicos y de los contratos.

²⁶ Escobar Gil, Rodrigo. El Contrato de Leasing Financiero. Editorial Temis. Bogotá, 1984. Pág. 39

con el proveedor o con la compañía de leasing por esta compraventa, sino frente al contrato de leasing con la compañía de financiamiento comercial así se trate del mismo bien que adquirió al proveedor.

Al respecto de vicios ocultos, fallas en su funcionamiento etc. el legislador ha dicho que se considera que el tomador es un experto o tiene suficientes conocimientos al respecto para poder seleccionar el tipo de máquina que es necesaria en el proceso de desarrollo, sí es el daño es de tal magnitud que ni teniendo los conocimientos suficientes se hubiera percibido, este usuario no tiene ninguna acción legal para interponer contra el proveedor y exigir le sea subsanado el bien en sus vicios, daños o fallas, el usuario puede hacer el reclamo a la empresa de leasing, quién esta obligada a solucionar esto a través de la compañía proveedora, fabricante o distribuidora.

Del mismo modo, puede suceder que la empresa de leasing y el proveedor del bien, son un mismo sujeto contractual, bajo estas circunstancias claramente se desvirtúa la calidad tripartita que se le otorga.

Considero importante aclarar que este elemento bilateral, lo he analizado según el numero de personas que participan en la relación contractual, mas no según el numero de intereses que nacen de la obligación contractual e igualmente no podría desconocer la consideración del tratadista Hildebrando Leal, “al respecto conviene señalar que en la práctica internacional este contrato puede revestir carácter trilateral, en razón de incorporación en la relación jurídica el proveedor del bien o equipo objeto del contrato”²⁷

Bien, aclarado el objeto base de la bilateralidad para nuestro estudio, anexo sobre este aspecto de discusión doctrinal, lo dicho por autor Carlos Gilberto Villegas, en el manual de derecho bancario chileno, al darle caracterización de bilateralidad al contrato de leasing, porque reconoce que “crea obligaciones para ambas partes contratantes, el dador y el tomador. El dador entrega el bien, pero además debe mantener al tomador en el uso y goce pacífico del bien y otorgarle el derecho de comprar por el valor residual fijado en el contrato. El tomador debe pagar el canon o cuota periódica

²⁷ Leal Pérez, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990. Pág. 227.

(mensual, bimestral, anual, etc.), y además pagar el valor residual si opta por la compra, o devolver el bien si no le interesa adquirirlo. Además, debe destinar el bien al uso natural, cuidarlo y cumplir las obligaciones pactadas”²⁸

Hago mención a esta descripción de la bilateralidad que surge en el contrato de leasing en Chile, pues a mi criterio, la legislación comparada en casos de disyuntivas doctrinales, permite un mejor análisis, además que la legislación Chilena comparte similitudes con nuestra legislación nacional, en especial respecto a lo que en derecho privado se trate, además del desarrollo y aceptación que este contrato ha tenido en mencionado territorio Sur Americano.

Finalmente, este es bilateral, por todas las razones que se han enunciado, compartiendo esta cualidad con los contratos de arrendamiento tradicional y compraventa, tan sólo, que en este contrato debe ser realizado por una compañía de financiamiento comercial, quién es “adquirente dador del usuario-tomador, y garantiza el bien cómo sí fuera el proveedor o distribuidor o fabricante del bien seleccionado para el leasing”²⁸ El leasing, acorde con la terminología del Código civil, es un contrato con prestaciones recíprocas, donde la empresa de leasing es acreedora de los cánones e, inversamente, deudora de los bienes, sean estos muebles o inmuebles; en tanto, la usuaria es acreedora de los bienes y deudora de los cánones. Si esto es así, entonces, al leasing le son aplicables las disposiciones contenidas en el Título VI, Sección Primera del Libro VII Del Código Civil.

2.8.5.3. Oneroso

Esta cualidad del contrato de leasing, se refiere al fin de lucrarse las partes económicamente, es decir obtener un beneficio que se traducirá en utilidades o en dividendos, ambos contratantes persiguen con su celebración un beneficio económico. “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”²⁹

En el contrato de leasing, el riesgo patrimonial que adquiere la empresa financiera, al obtener el bien y permitir el uso del mismo durante un plazo inicial, es equivalente al pago del canon periódico que

²⁸ Barbier, Eduardo Antonio. *Contratación Bancaria*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002. Pág. 284.

²⁹ Código Civil y Legislación Complementaria. Artículo 1497. Editorial Legis. Bogotá, 2002

recibe y, en percibir igualmente el precio de pago por el valor residual pactado, sí el locatario adquiere el bien, es decir decide aceptar la opción de compra. Pero así como la compañía de leasing se beneficia con este dinero, la empresa usuaria correlativamente a esta carga monetaria mensual, trimestral, semestral etc. de los respectivos cánones, se lucra con el uso, disfrute que es la manera como el capital de trabajo se multiplica y, a su vez, al decidirse por la compra, se convierte en propietario del bien. “Es evidente que las ventajas que procuran una y otra de las partes no les serán concedidas sino por una prestación que cada uno haga o se obligue a hacerla a la otra. Más aún, por la raigambre financiera de este contrato no es posible presumir gratitud”³⁰

Esta clasificación de oneroso en los tres contratos vistos y estudiados, son imperiosos y además determinantes de su naturaleza, pues sí la compraventa no hay precio, es una donación, sí en el arriendo no hay canon, surge un comodato, y en este caso, el leasing no es posible la gratuidad pues el objeto social de la compañía de leasing es percibir rentas o utilidades económicas. Esta característica es importante al momento de verificar vicios de consentimiento, la existencia de lesión enorme, el incumplimiento de este pago o de permitir el uso, goce del bien o transferir el bien como correlativa obligación para percibir el dinero, es una razón predominante para dar por terminado el contrato.

2.8.5.4. Conmutativo

Nuestro Código Civil, menciona en el artículo 1498 “el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que es equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”³¹ puesto que existe un equilibrio entre las prestaciones de las partes se impone la categorización del leasing como contrato conmutativo pues en el mismo contrato, cada parte realiza la valoración del sacrificio y la ventaja que le depara su celebración. Con razón, pues, se dice que cada parte conoce con la debida anticipación, cual es la prestación económica que el contrato le reviste, que son determinadas, ciertas y susceptibles de apreciación inmediata.

³⁰ Leal Perez, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990. Pág. 278.

³¹ Código Civil y Legislación Complementaria. Artículo 1498. Editorial Legis. Bogotá, 2002

Este aspecto conmutativo se representa en el correlativo beneficio económico a través de las rentas o cuotas que cancela el usuario a la empresa de leasing o a través de las utilidades que el bien de capital le aporta al usuario que lo usufructúa. En este sentido se afirma que es un contrato conmutativo para las partes. Este carácter conmutativo surge de las utilidades tangenciales para cada uno de los sujetos que participan, además de la correlación de los derechos de uno con las obligaciones de la otra y viceversa

2.8.5.5. Principal

Un contrato es principal cuando cumple, por sí mismo, un fin contractual propio y subsistente, sin relación necesaria con ningún otro contrato; es decir, no depende ni lógicamente, ni jurídicamente de otro, pues él se presenta como independiente.

En vía de ejemplo, son contratos principales todos los que figuran en la Sección Segunda del Libro VII del Código civil de 1984, con excepción de la fianza, que es accesoria, los de los Libros Segundo y Tercero del Código de Comercio, claro está, los que aún permanecen en su seno, como los contratos de transporte, de fletamento.

Nuestro Ordenamiento Jurídico y la doctrina predominante, confieren al leasing el título de contrato principal, y ello, sin duda, porque tiene vida propia, independiente lógicamente y jurídicamente de cualquier otro contrato. Esta característica la hemos analizado en todo el desarrollo del contrato de leasing, al denominar todos sus rasgos especiales, únicos, que hacen del contrato de leasing diferente a los contratos tradicionales, sin desconocer la fuerte influencia que estos tienen en su creación. Según esto, pues, el contrato de compraventa, arrendamiento, seguros y otros, a pesar de tener la claridad de principales, tienen en el leasing la de accesorios.

2.8.5.6. Traslativo de uso y disfrute

Para alcanzar una mejor exposición didáctica de las instituciones contractuales, la doctrina en estas últimas décadas clasifica los contratos según sus objetivos sustanciales. En tal sentido, se habla de contratos traslativos de la propiedad, donde naturalmente están la compraventa, el mutuo, la

permuta etc., y, de otro, de contratos traslativos de uso y disfrute, en los que se alistan el arrendamiento, el comodato, etc.

Siguiendo esta clasificación, se puede decir que el leasing es un contrato traslativo de uso y disfrute de bienes de capital y, eventualmente, es título para la adquisición de la propiedad de bien de capital, si es que la empresa usuaria decide que esa es la opción más conveniente a su interés en la oportunidad contractual.

2.8.5.7. Tracto sucesivo

El contrato es tracto sucesivo, si como lo expone César Gómez Estrada, "Son contratos de ejecución sucesiva, o de tracto sucesivo, aquéllos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea."³²

Con fundamento en lo anterior, se puede concluir que en los contratos de tracto sucesivo, las obligaciones no se originan solamente al momento de celebrar el contrato sino que se mantienen e incluso nacen en medida éste se va ejecutando

Los contratos de leasing financiero, tienen cierta similitud con el contrato de arrendamiento pues sus prestaciones se ejecutan en el tiempo del contrato, durante un lapso prolongado. Pero el dilatar la ejecución de las prestaciones en el tiempo es presupuesto fundamental para que el leasing produzca el efecto querido por ambas partes y satisfaga, a su vez, las necesidades que los indujo a contratar, en el arriendo no es presupuesto fundamental.

En suma, más estrictamente, el leasing es un contrato de duración determinada, cuya prestación de la empresa de leasing es continuada y la contraprestación de la usuaria es periódica.

2.8.5.8. Típico y Nominado

La clasificación de los contratos en típicos y atípicos es de muy antigua data y se ha dado en todos los países con legislación positiva vigente.

³² Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1996

El leasing, como contrato financiero en el derecho positivo, que ha sido individualizado a través de una serie de elementos y datos peculiares, lo ha valorado y le ha atribuido una concreta regulación legal propia, como lo diagramamos al inicio, también el legislador, le ha denominado como contrato de arrendamiento financiero por tal motivo es nominado.

2.8.5.9. De Financiación

Al considerarse este contrato de naturaleza mercantil, dado que se celebra entre comerciantes y sobre bienes susceptibles de producir renta.

Las doctrinas económica y jurídica están de acuerdo que la más marcada entre las particularidades del leasing es la de ser un contrato de financiación. El predominio de esta finalidad es obvio, debido a que el leasing tiene como objetivo primario ofrecer a las empresas un canal de financiamiento alternativo o complementario a las líneas de crédito tradicionales. Por eso, con sumo acierto, se dice que ahora las empresas tienen a su disposición, además de los tradicionales medios de financiación, otra constituida por el contrato de leasing financiero, de forma tal que, la empresa usuario puede adquirir el bien o simplemente usufructuarlo mientras la compañía de financiamiento comercial le financia su adquisición futuro e incierto y el uso continuo del bien de producción.

2.8.5.10. De Adhesión

Tal como he afirmado, en principio el contrato de leasing nace en virtud al acuerdo de voluntad de las partes, pero la costumbre en el sector financiero, me permite decir que es un contrato de leasing es de adhesión, pues generalmente es utilizado por el dador, bien sea el banco o compañías de financiamiento comercial, quien impone al contrato cláusulas preestablecidas o formas estereotipadas, (usualmente preimpresas), que la empresa usuaria acepta para acceder al leasing del bien, sin poder modificarlas y en la gran mayoría de los casos desconoce el contenido del contrato, pues se ha obligado bien libremente frente a la compañía de leasing en los términos y condiciones que esta ha preestablecido.

Es evidente a todos, que la practica de los contratos financieros no se negocian los intereses (como otros aspectos), entre el ahorrador y el banco, entre quien deposita capital a termino fijo y el banco, entre las compañías de ahorro y vivienda y el usuario del conocido UVR, estos intereses son los que determinan la utilidad bancaria, entonces en el contrato de nuestro estudio es también este un contrato que termina la empresa usuaria aceptando las condiciones de la compañía financiera.

Sin embargo respecto a esta cualidad la discusión esta abierta por tratarse de contratos de financiación comercial ante entidades financieras o bancarias, lo anterior es mi consideración personal teniendo en cuenta la práctica.

2.8.6. PARTES Y OBLIGACIONES

En el contrato de leasing participan dos partes: la entidad financiera como dador del leasing; y el cliente como tomador.

La sociedad de arrendamiento financiero, es quien adquiere los bienes que le señala el cliente, para después otorgárselos en arrendamiento financiero.

En el estudio del régimen legal del contrato de leasing, hicimos alusión al decreto 148 de 1979, el cual autorizo a las corporaciones financieras para adquirir y mantener acciones en compañía de leasing o arrendamiento financiero hasta por un monto que no excediera el 10% de su capital pagado y reserva legal. A través de este decreto se permitió que las corporaciones financieras realizaran directamente contrato leasing. Entonces las compañías financieras debieron en razón a los bienes de capital objeto del contrato de leasing, invertir en compañías de leasing para que sean estas quienes directamente desarrollen este contrato mercantil.

Entonces, la sociedad de arrendamiento financiero, es una sociedad anónima, sometida a la vigilancia de la Superintendencia bancaria, así lo dispuso el decreto 2059 de 1981, posteriormente en concordancia con la Ley 74 de 1989 y además se incluye como requisito de funcionamiento de las sociedades comerciales dedicadas a la actividad de arrendamiento financiero, contar con un permiso de funcionamiento que es expedido por la misma autoridad de control y vigilancia mencionada, pues se sometieron a la Ley de Bancos, es decir la ley 45 de 1923, por tanto “la actividad de leasing solamente puede se ejercida por aquellas sociedades que, organizadas conforma a la ley 45 de 1923, contaren con el respectivo certificado de autorización expedido por la Superintendencia Bancaria”³³ esta misma disposición fue reglamentada por el decreto 3039 de 1989, que además le impuso tener un objeto social exclusivo, así que este objeto social no es de libre estipulación para los socios, es predeterminado con una finalidad específica, dominante y exclusiva.

Tal como los establecimientos de ahorro y crédito, corporaciones de ahorro y vivienda entre otros, de la misma forma las entidades financieras de leasing, deben cumplir ante la Superbancaria, con ciertos deberes y obligaciones impuesto por la legislación, tales como; enviar los estados financieros anuales, avisar previamente la realización de las reuniones de la Asamblea o Junta de Socios, enviar copia de las actas de las reuniones de estos organismos, permitir la visita ocasional de los funcionarios de la superbancaria, permitir y facilitar toda la información que requieran la entidad de vigilancia, entre otros.

Inicialmente se impuso la prohibición para las entidades de financiamiento comercial, como el decreto 2920 de 1982 dice, “las compañías de arrendamiento financiero o leasing no podrán realizar actividades de captación masiva y habitual de recursos del publico”³⁴ , pero esta interdicción fue reconsiderada en la ley 53 de 1993 la cual se les permite captara recursos del publico con el propósito de financiar sus actividades, se entiende que es posible que celebren operaciones de captación de recursos del publico cuando quieran que estas guarden una relación de medio a fin con su objeto social principal. Entonces así como pueden captar recursos del público, deben las

³³ Ley 74 de 1989

compañías de financiamiento comercial involucrar su propio patrimonio para responder frente a sus clientes por el desarrollo de su actividad intermediadora

Finalmente el artículo 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, define las compañías de financiamiento comercial, “se consideran compañías de financiamiento comercial, las instituciones que tienen 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”³⁵

Definir la empresa leasing, traigo a colación algunos conceptos de la doctrina que consideran “La empresa de Leasing, es una persona jurídica o sociedad, y más concretamente una sociedad mercantil, pues aunque en principio no había ninguna dificultad en que se tratara de una persona física, las grandes disponibilidades de recursos económicos, técnicos y personal que son necesarios para el ejercicio de esta actividad hace que los sujetos que la practican adopten normalmente, la forma de Sociedades Anónimas”³⁵

Otros autores, como Illescas Ortiz, las define como “una entidad con finalidad financiera que ofrece, por tanto al sector industria y comercial o de servicios una fórmula de financiación complementaria y alternativa, destinada a la obtención de bienes para equipamiento profesional, sin perjuicio de aquellas que practican el Leasing financiero sobre bienes inmuebles”¹⁹⁴

La otra parte que participa en este contrato, conocido como el cliente, usuario, compañía comercial e industrial, empresario etc., es aquel que tendrá el uso del bien objeto del contrato, que por regla general, identifica y determina el bien de acuerdo con sus propias necesidades, eligiendo igualmente

³⁴ Decreto 2920 de 1982

³⁶ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

³⁵ Vidal Blanco, Carlos. Leasing en España. Cuaderno IMPI N° 26 Madrid, 1989.

¹⁹⁴ Illescas Ortiz, Rafael. El Leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato. Revista de Derecho Mercantil N° 119. España, 1971.

el proveedor. Es el usuario entonces el responsable de que cumpla con las características y elementos especiales del bien objeto del contrato.

En cuanto al usuario, esta figura jurídica no plantea inconvenientes especiales desde el punto de vista jurídico, tanto comercial, industrial, profesional e incluso establecimientos públicos. El único requisito es el de una suficiente identificación. Lo mismo cabe decir de la figura del proveedor que puede ser cualquier empresa, fabricante o distribuidora que venda el bien objeto del contrato a la Sociedad de Leasing.

2.8.6.1. Obligaciones de la Compañía de Financiamiento Comercial

En páginas anteriores, cuando nos referimos a los elementos del contrato, hicimos un estudio minucioso de ciertos aspectos que tendremos a consideración para las obligaciones de las partes, así que entrare en materia práctica en explicar estas obligaciones, pasando por alto los detalles que se han evaluado anteriormente.

Antes de dar inicio a las obligaciones, es importante aclarar la diferencia entre establecimientos de crédito y compañías de financiamiento comercial. Para tal efecto, la superbancaria afirma “se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.”³⁷

A su vez, la superintendencia define las Compañías de Financiamiento Comercial “Son instituciones que tienen por función principal captar recursos mediante depósitos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes o

³⁷ <http://www.superbancaria.gov.co/>

servicios. Las compañías de financiamiento comercial especializadas en leasing tienen como objeto primordial realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing.”³⁶

Frente a este sujeto procesal, es importante entonces hacer una pequeña diferenciación entre las compañías de leasing y los bancos, “se diferencia el sistema de leasing, del mero crédito bancario por lo siguiente:

- La compañía de leasing no entrega al usuario dinero en metálico, sino que directamente adquiere el bien elegido del proveedor; en los bancos se concede un préstamo de acuerdo con las indicaciones del cliente.
- El banco no se reserva el dominio del bien, ya que se limita a averiguar la solvencia del cliente para la concesión del crédito, lo que no ocurre con las compañías de leasing.
- Por último, cuando el prestatario liquida su crédito cesa toda la relación jurídica con el prestamista, en los contratos de leasing, tiene tres opciones; pagar el último plazo y adquirir la propiedad; celebrar un nuevo contrato con opción o devolver el bien.”¹⁹⁵

Ahora bien, después de hacer estas aclaraciones en cuanto a la calidad del sujeto, hablemos de las obligaciones que asume en el contrato de leasing frente al usuario.

2.8.6.1.1. Adquirir el bien seleccionado por el usuario de leasing

Esta obligación es inminente, pues el decreto 913 de 1993, se refiere a las reglas para realizar las operaciones de leasing; “los bienes que se entregan en arrendamiento deberán ser de propiedad de la compañía arrendadora. Lo anterior sin perjuicio de que varias compañías de financiamiento comercial arrienden conjuntamente bienes de propiedad de una de ellas, mediante la modalidad de arrendamiento sindicado. En consecuencia, las compañías de financiamiento comercial no podrán

¹⁹⁵ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Jose Maria Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pag 38.

celebrar contratos de arrendamiento en los cuales intervengan terceros que actúen como copropietarios del bien o bienes destinado a ser entregados a tal título.”³⁷

Es claro, que el legislador ha impuesto la obligación a la compañía de financiamiento comercial de adquirir el bien que previamente ha elegido el usuario, según las características y requerimientos especiales y necesarios, pues es un bien de capital el que se adquiere, es un bien especial en virtud a sus cualidades. La ley ha dicho tácitamente, que es obligación adquirir el bien, tenerlo en su propiedad, en su haber. Sin embargo es aceptado que entre las compañías de financiamiento comercial agremiadas, arrienden conjuntamente bienes de propiedad de una de ellas, lo cual se conoce como arrendamiento sindicado, esta practica suele ser utilizada, por ejemplo, cuando una compañía de explotación minera del departamento de Boyacá, comienza a explotar una mina en el Caribe, el transporte de la maquinaria es costoso, además de arriesgada por razones de la seguridad publica, así que esta compañía minera, decide contratar con la compañía de leasing de Boyacá, por maquinaria de explotación minera. A su vez la compañía de leasing de Boyacá, es parte del gremio de compañías de leasing de Colombia, entonces le solicita a la compañía de leasing del Caribe si puede realizar las gestiones administrativas y representarla en el caribe frente a esta empresa minera. Esto seria un arrendamiento sindicado.

Retomando la obligación de adquirir el bien, “esta obligación debe asumirse en forma plena y total por la sociedad de leasing, es la de proceder a adquirir los bienes que han sido escogidos por el arrendatario, pues esa es la finalidad fundamental que lleva a las partes a contratar. Es natural que el cliente suministre una completa información al arrendador para poder evaluar la naturaleza de la compra y conocer las condiciones de los equipos. Pero una vez celebrado el contrato la consecuencia lógica es adquirir los bienes, bien en las condiciones establecidas entre proveedor y futuro arrendatario.”³⁸

³⁷ Decreto 913 de 1993. Artículo 3, literal a.

³⁸ Azuero Rodríguez, Sergio. Contratos bancarios, su significación en América Latina. Editorial Legis. Bogota. 2002. Pág. 718.

El orden es adquirir determinados bienes que señale el usuario del leasing y una vez adquiridos conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso. Es menester enfatizar que esta compra obedece estrictamente a exigencias especiales del usuario del leasing, quien escoge el proveedor, solicita una factura pro forma con todas las especificaciones requeridas y valida por un tiempo determinado para que “la entidad financiera se encargue a su cuenta y riesgo y no actuando como mandataria o representante del cliente, a adquirir mencionado bien. De modo que conoce perfectamente el precio de adquisición y ese precio será el que determine la cuota de amortización y el valor residual del bien.”³⁹

No es importante para las partes, ni para el contrato mismo, la forma como la empresa de leasing adquiriera el bien, si lo hace a crédito, a contado etc. Esto no es relevante para el contrato de leasing al igual si el usuario logra una rebaja en el precio etc., pues el cálculo se hace según la factura de costo, es decir los beneficios que el usuario logre en la negociación y selección del bien con el proveedor, estos no son elementos del contrato de leasing.

2.8.6.1.2. Entregar el bien a título de leasing

Esta obligación es común tanto en el contrato de arriendo (arrendador) y la compraventa (vendedor) y por supuesto en el contrato de leasing. En los tres contratos en consideración, la cosa objeto del contrato, es sobre ella que recaen todas las obligaciones y derechos, la relación contractual surge si bien de la voluntad de las partes esta se manifiesta sobre el bien objeto del contrato.

La diferencia radica sustancialmente respecto al título, pues el modo es la tradición en los tres contratos, el título es especial para cada uno. Del mismo modo, ciertos elementos del bien, características del mismo etc., también permiten atribuir una clara diferencia, por ejemplo en la compraventa el bien es siempre de propiedad del vendedor, en el arriendo no necesariamente el bien debe ser de propiedad del arrendador, tal es el caso de las empresas inmobiliarias, mientras que en el leasing, la empresa leasing debe realizar una compra especial para que el bien entre en su orbita patrimonial.

³⁹ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pa g. 307

Tal como se conoce, la costumbre es una fuente importante en el derecho mercantil, es esta la que nos ha demostrado, que aunque la legislación le impone la obligación a la empresa de leasing de hacer la entrega del bien, en la practica es el proveedor del bien quien hace la entrega del bien, sobreentendido que lo hace a nombre de la compañía de leasing, sin obedecer a un mandato expreso, en concordancia se dice; “la entrega del bien, aunque es una obligación de la entidad financiera generalmente la entrega la efectúa el proveedor del bien que puede ser el fabricante, concesionario o vendedor, cuando se trate de instalaciones de una fabrica o equipos que requieren de una especial ubicación para su funcionamiento, tales tareas corren por cuenta del tomador, la entidad financiera se obliga a entregar el bien en funcionamiento y en perfecto estado.”⁴⁰ Del mismo modo, el proveedor conoce que el bien que ha vendido a la compañía de leasing, es para un tercero, pues este tercero, que conocemos como usuario o locatario de leasing, es quien ha elegido, seleccionado el bien, a determinado sus cualidades y condiciones especiales, ajustada a sus propias necesidades y por supuesto ha elegido al proveedor también.

En paginas anteriores, al reflexionar sobre los elementos del contrato, se estudió lo relacionado a los vicios oculto, mencionare someramente esta situación especial en el contrato de leasing. Es pues, evidente que si existieran vicios ocultos en el bien adquirido, “La doctrina de Castán y Puig Peña, definen los vicios como aquella situación que se produce cuando después de verificada la entrega se observa en la cosa vendida, vicios ocultos que le hacen impropia para los usos a que se la destina, o disminuye de tal modo la capacidad de utilidad que, de haberlos conocido el comprador, no lo hubiese adquirido, o habría dado menos precio por ella pero también es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

1. que la cosa adolezca de un vicio, una anomalía,
2. que el vicio sea grave, no basta con una imperfección

⁴⁰ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pa g. 307

3. que el vicio sea oculto, es decir que no está manifiesto a la vista y que sea preexistente a la venta.”⁴¹

Entonces, este vicio o defecto que llamamos grave incide también en el error como vicio del consentimiento, y entonces, el comprador se puede sentir inclinado por ejercitar la acción de anulabilidad del contrato, por error esencial en el consentimiento, pero en el derecho mercantil es más limitada la apreciación de los vicios ocultos ya que “se parte del supuesto que el comprador es un perito experto en la compraventa profesional, de aquí que vicios ocultos que en el supuesto civil de un comprador inexperto sería considerados como graves, en la compraventa mercantil pasan a ser defectos externos que se deducen en el momento de la entrega como fundamento de su rehúse, o bien, se entiende que el comprador o comerciante ha consentido en adquirir la cosa con tales defectos.”⁴²

En suma, sólo cuando el bien es poseído por el usuario de leasing, el contrato comienza a surtir efectos, pues todas las obligaciones giran entorno al bien de capital, al igual que los derechos. Entonces es realmente importante que esta obligación se consuma, se entregue al usuario de leasing bajo un título justo y modo preciso con el fin de que el contrato empiece a desarrollarse en la práctica.

2.8.6.1.3. Permitir el uso y goce del bien

La entidad financiera tiene como objeto financiar el uso y goce del bien, a cambio de un pago de cuotas periódicas que se causan por un plazo establecido previamente por las partes, cuyo cliente esta facultado para disfrutar el bien en sus condiciones intrínsecas el cual “mantener la tenencia del bien en el tomador: Se trata de una sola obligación jurídica, por lo que debe proteger al cliente en caso de acciones legales de terceros que puedan afectar la tenencia del bien en poder del

⁴¹ Chuliá Vicént, Edudardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág. 43.

⁴² Chuliá Vicént, Edudardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág. 45.

tomador⁴³. Esta organización financiera se ha obligado a adquirir el bien en las condiciones dispuestas por el cliente y a permitir que lo use y lo disfrute, sabiendo que estos bienes tienen una vida útil determinada y serán depreciados a la terminación del contrato, pero sabe que estos riesgos que asume son incluidos en el cálculo del canon periódico de leasing.

Recordemos que el bien es seleccionado por el cliente, quien se considera un experto, entonces si llegan a suscitarse fallas o defectos, el tiene la potestad de realizar las acciones que correspondan para recuperar o defender el uso o goce de los bienes, frente al proveedor, estos derechos se los ha transmitido la misma entidad financiera, encontramos que la tranquilidad de posesión legítima del bien, reposa en manos del cliente las acciones a ejercer en caso de perturbación y también de la voluntad del ente financiero quien le ha cedido sus derechos para tal fin.

2.8.6.1.4. Cumplir con la oferta de venta

De la misma manera, como estudiamos que la opción de compra es un elemento esencial del contrato, sin este realmente el contrato de leasing no sería posible. Entonces la empresa de leasing al ser la propietaria legítima del bien de capital, como tal, tiene el derecho de disponer de la cosa a su antojo, pero esta libre disposición de su derecho de dominio, tiene un límite cuando existe un contrato de leasing, debido a que la empresa de leasing debe respetar el término pactado en el contrato, para hacer uso mismo del bien hasta que el industrial decida si opta o no por ejercer la opción de compra del mismo, sin que esta tentativa sea obligatoria para él, pues si al final de contrato no desea adquirir el bien, el contrato se puede prorrogar o simplemente se termina.

Entonces el establecimiento financiero, aunque tenga el derecho pleno de la nuda propiedad, no puede decidir libremente sobre la suerte del mismo, debe respetar las condiciones temporales sustanciales del contrato, como la opción de vender el bien a quien ha hecho uso del mismo. Es un deber de la compañía vender el bien si el industrial lo desea, sin que esto se considere como una

⁴³ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pa g. 307

venta forzosa, “La entidad financiera debe mantener y cumplir la oferta de venta del bien dado en leasing en las condiciones pactadas.”⁴⁴ Así que es una clara obligación de la institución financiera, considerada esencial en el contrato de leasing, la cual consiste en respetar la opción terminal, cuando el empresario de antemano, lo señale en el contrato, su posible intención de adquirir el bien al finalizar el término del contrato.

2.8.6.2. Obligaciones Empresa Usuaria

La empresa usuaria, es el industrial, empresario, comerciante etc., quien necesita un bien que generalmente requiere una gran inversión y el riesgo de ser obsoleta en corto tiempo, entre otros motivos, como el de usar y gozar el bien en la producción de su objeto social, pues es un bien de producción. Es usual que la empresa usuaria sea una persona jurídica que ejerce actividades mercantiles, pero también es posible que se trate de una persona natural.

Estas obligaciones obedecen en cierta forma a los elementos esenciales del contrato, a las características que hemos estudiado en detalle, entonces en esta sección me limitare a hacer una breve exposición de estas obligaciones.

2.8.6.2.1. Pagar las cuotas periódicas

Esta es la principal obligación del tomador, es un contrato de financiación, de naturaleza onerosa, entonces el cliente correlativamente a los beneficios que recibe, es obligado a pagar una suma, que se causa periódicamente como contraprestación a ese uso y goce permitido por la compañía de leasing, el cliente “debe cumplirla en las épocas y condiciones convenidas”⁴⁵

⁴⁴ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pa g. 307

⁴⁵ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pa g. 304

Pagar los arrendamientos del bien, las contraprestaciones que se liquidaran en pagos parciales, según se convenga, con cantidades de dinero determinado o determinable, la cuales cubrirán el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios. Se discrimina cada pago, una parte es para abono de capital y la otra para pago de intereses y gastos de administración.

Recordemos que este puede ser variable, constante o fijo, creciente, decreciente y que incluye un interés por la financiación, el valor neto de cuota, gasto de la sociedad de leasing y un margen de beneficio o utilidad. Pues es un correlativo derecho de la empresa leasing recibir los pagos o rentas por parte de la compañía usuaria en cantidad de dinero determinada o determinable, los cuales en su monto cubrirán el valor de la adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, que el arrendador cubrió o erogó con motivo del bien que dio en arrendamiento.

Este precio contiene como ciertas cargas adicionales y necesarias, debido a “los elementos comprendidos en la inmovilización material deben valorarse al precio de adquisición, deducidas, en su caso, las amortizaciones practicadas. La amortización ha de establecerse en función de la vida útil de los bienes, atendiendo a la depreciación que normalmente sufran por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar, así mismo, la obsolescencia que pudiera afectarles”⁴⁶ además de incluirse el costo de impuestos que son incluidos en el mismo canon de leasing, a cargo del cliente, como el valor de la póliza de seguro, como todos los gastos que se efectúen hasta poner en funcionamiento el bien. Al respecto la doctrina española afirma “El precio de adquisición del inmovilizado material suministrado por tercero incluye, además del importe facturado por el vendedor, todos los gastos adicionales que se produzcan hasta su puesta en funcionamiento, que vienen a incrementar su valor: impuestos que graven la adquisición, gastos de explanación y derribo, transporte, aduanas, seguros, instalación, montaje y otros similares.”⁴⁷

⁴⁶ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág. 126

⁴⁷ Chuliá Vicént, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág. 127.

2.8.6.2.2. Conservar el bien en buen estado

“Esta es una importante obligación del tomador que debe realizar las relaciones y gastos de conservación necesarios de modo de mantener el bien en perfecto estado de funcionamiento, esta obligación esta ligada directamente con el resultado final del contrato si este no termina con la adquisición del bien por el cliente. En tal caso, al efectuarse la venta directa o la subasta del bien, el tomador podrá obtener o no una diferencia en su favor o, al contrario, tendrá que pagar una suma adicional”⁴⁷. Conservar los bienes en el estado que permita el uso normal que corresponda, es claro que a diferencia del contrato de arrendamiento, lo que es conocido como reparaciones necesarias que son a cargo del arrendador, en el leasing este tipo de mantenimiento y reparaciones le corresponde al cliente, quien debe velar porque el bien de producción se encuentre en buen y optimo estado, pues cumple una función económica de producción, si este bien falla en sus funciones, se entiende que el bien no prestara el fin que le acompaña por su naturaleza.

Como consecuencia a esta obligación, el cliente debe prever, daños, averías, fallas etc., así que es su deber asegurar el bien, pagar la póliza de seguro que garantiza su protección en caso de siniestro, en el manual de derecho bancario se dice; “el bien objeto del contrato debe ser asegurado por el tomador, con la que la entidad dadora queda totalmente garantizada en cuanto a la financiación acordada. Generalmente se fija un plazo dentro del cual el tomador debe contratar el seguro y remitir la póliza a la entidad financiera. El seguro debe tener por beneficiario a la entidad dadora. Comúnmente el bien se entrega ya asegurada y es obligación del tomador pagar la prima del seguro”⁴⁸

Entonces al ser esta compañía usuaria la obligada a asegurar el bien, en virtud de su deber principal de mantener el bien en buen estado, es esta quien debe consecuentemente pagar las primas y gastos del seguro, además de que ella debe utilizar el bien objeto del leasing correctamente, es decir

⁴⁷ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pag. 304

⁴⁸ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1997. Pa g. 305

darle el destino correspondiente que el bien requiere, haciendo uso del mismo de acuerdo a lo pactado, es otras palabras, aunque exista una compañía aseguradora que vele por el buen estado del bien, es el cliente el principal obligado en que se mantenga en estado tal como lo ha recibido, lógicamente con la depreciación del uso natural del mismo.

Si el usuario no hace uso del bien de acuerdo a lo pactado en el contrato, deberá responder por los danos que este sufra

2.8.6.2.3. Recibir el bien

Esta obligación importa también la de acondicionar el lugar donde va a estar ubicado el equipo o bien el objeto de leasing

2.8.6.2.4. Comunicar su voluntad al vencimiento del contrato

Cuando se cumpla el plazo establecido de duración del contrato, el cliente debe manifestar cualquiera de las opciones preestablecidas, entre estas, comunicar su voluntad o no de hacer uso de la opción de compra, dentro de un tiempo preestablecido igualmente, si llegare a decidir por adquirirlo, es pues obligación de pagar el valor residual fijado en el contrato en la oportunidad prevista. En el caso en que el tomador no adquiera el bien debe obligarse a pagar la diferencia en menos que surgiera de la venta o remate del bien objeto del leasing. Ya vimos que si el precio de esta venta o subasta es superior al valor residual fijad, el tomador tiene derecho a que la entidad financiera le entregue esa diferencia.

2.8.6.2.5. Permitir la inspección del bien

Permitir la inspección del bien. Es un derecho de la entidad dadora del leasing, inspeccionar el bien durante la vigencia del contrato y el tomador debe en consecuencia permitir dicha inspección periódica, pues la compañía de leasing lo hace con el fin de asegurar el buen estado del mismo y de verificar que terceros acreedores del cliente, ejecuten acciones cautelares a un bien que no le pertenece o bien, evitar que se enajene, pues en este caso alegar la buena fe de terceros no es viable debido, que este bien de producción debe tener una señalización que es de propiedad de la compañía de leasing, es un bien dado en leasing, en la mayoría de los casos al ser un bien de producción de gran valor, requiere una solemnidad notarial, registro etc., como es el caso de naves, aeronaves, maquinaria pesada, inmuebles etc., en el cual la negligencia del tercero, al no verificar estos documentos públicos la propiedad del bien, no puede alegar la buena fe, mientras que si podrá repetir contra el cliente que le ha vendido sin justo título.

En vista que el material dado en calidad de arrendamiento financiero, es de propiedad exclusiva de la empresa de Leasing , “en los supuestos de que se pretenda practicar embargo, secuestro o requisa o confiscación de los bienes dados en leasing, el arrendatario se obliga a dar noticia de los anteriores extremos al arrendador en forma inmediata, al propio tiempo que formula la pertinente protesta de que el material pertenece en propiedad al arrendador y ejercita, a su propio cargo, cuantas reclamaciones y acciones fueran procedentes para acreditar la propiedad del arrendador sobre el material”¹⁹⁶. De un modo general, se establece que la propiedad y el dominio del material corresponde, en todo caso, al arrendador del leasing, y el uso en las condiciones establecidas en este contrato al arrendatario del leasing.

2.8.7. GARANTIAS

En el campo de las garantías para el leasing, existen unas instrucciones manifestadas por medio de la circular externa numero 7 de la Superbacaria del año de 1996, sobre la constitución de garantías para los bienes entregado en arrendamiento financiero, estas indicaciones con el fin de aplicar el

¹⁹⁶ Chuliá Vicént, Edudardo. Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos III. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999. Pág. 249.)

decreto 384 de 1993. Para comprender las instrucciones que la Superbancaria menciona, es inminente comprender el interés tanto de la entidad financiera, titular del derecho de dominio, propietaria del bien, y el usuario del crédito como tenedor del bien y quien lo usufructo recibiendo las utilidades que el bien arrendando produce.

Entonces, es claro que la pérdida eventual o un daño material o físico que afecte el bien, perjudica directamente a las partes del negocio, tanto al propietario que sufre una mengua considerable en su patrimonio y el tenedor que dejara de percibir ingresos y desarrollar su objeto social, además de la obligación que tiene frente a la compañía de leasing de restituir el bien en buen estado.

Es evidente, que existe un móvil claro para las partes, por garantizar el buen estado y funcionamiento del bien, atendiendo a esta aclaración, la Superbancaria dice; “la compañía arrendadora puede tomar el seguro por cuenta propia para proteger única y exclusivamente su interés y por lo tanto, en caso de presentarse el siniestro, el pago de la indemnización no libere al arrendatario de las responsabilidades derivadas del contrato, por ser un tercero ajeno a la relación surgida del seguro”⁴⁹. Frente a esta hipótesis, el establecimiento financiero, propietario del bien, prevé el siniestro y asume a su cuenta y riesgo una póliza de seguro, si el siniestro acontece, recibirá la indemnización en razón al contrato de seguro e igualmente la indemnización por el industrial que tiene bajo su custodia el bien, así que conveniente preguntarnos, si es posible que la compañía financiera reciba dos veces el pago de un mismo daño. A este cuestionamiento, considero que el instituto de financiamiento comercial, al asumir las cargas del contrato de seguro, lo cual es una obligación del empresario usuario de leasing, al ocurrir el siniestro busca igualmente compensar el pago de las cuotas que ha cancelado, la inversión que ha hecho, pues al final el negocio mercantil es la utilidad que el logre percibir en razón al bien y si este bien pierde su capacidad de producción, el propietario recibirá los perjuicios económicos por tal siniestro.

⁴⁹ Circular Externa numero 7 del 1996. Superbancaria.

En la práctica encontramos que además de que sea la entidad financiera la titular del derecho de propiedad del bien, es el usuario, quien está obligado a tomar el seguro señalando a la institución financiera como primer beneficiario, para que en primer lugar con la indemnización le sea cubierto el saldo pendiente o las responsabilidades a que queda obligada con la propietaria de los bienes, bien sean causados por riesgos de construcción, transportación, recepción e instalación, pérdida, destrucción total o parcial etc. Al respecto la doctrina ha explicado la responsabilidad de adquirir la póliza de seguro o suscribir diversas pólizas de seguros “con el fin de amparar el bien arrendado de los riesgos de daño o destrucción total o parcial, robo, responsabilidad civil por daños a terceros, así como el seguro que garantice el pago de los cánones para los eventos en que el equipo suspenda operaciones por cualquier causa. Además de los anteriores seguros, el arrendador se reserva la facultad de obligar al arrendatario a contratar los seguros que estime convenientes para amparar su interés, como las primas que debe ser cubiertas puntualmente por el arrendatario.”⁵⁰

Además del contrato de seguro que debe suscribir, encontramos que la costumbre mercantil permite que el arrendatario financiero proporciona para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asumió en virtud del contrato de leasing, firmar y entregar al arrendador financiero pagarés en blanco en número y cuantías iguales a los cánones por pagar, veamos pues que la entidad financiera posee una segunda garantía que es efectiva para proteger su patrimonio o la inversión hecha en el bien de capital.

La institución de financiamiento comercial, al desarrollar negocios de carácter mercantil, en estos se presume la solidaridad pasiva, en las circunstancias en que existan dos o más deudores o obligados como arrendatarios de leasing. Por lo tanto, al ser los contratos de leasing de naturaleza mercantil, si hay dos o más locatarios se presume que son solidarios, en virtud del mandato legal consagrado en el Artículo 825 del Código de Comercio.

⁵⁰ Cifuentes Muñoz, Eduardo. El leasing. Pág.120

Pero no sólo existe la solidaridad entre los diferentes locatarios de leasing, pues totalmente viable y permitido que se constituyan fiadores o codeudores con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato. o de las obligaciones de dar emanadas del contrato.

Considero que también es una garantía para el arrendador financiero, las cláusulas exoneración de responsabilidad, pues si bien es el propietario del bien y quien debería mantener el bien en el estado idóneo para su uso, es el arrendatario quien debe responder y asumir estas cargas. A continuación las enuncio tal como el doctor Eduardo Cifuentes menciona en su texto;

- “La idoneidad, calidades técnicas y condiciones de funcionamiento del bien arrendado (vicios ocultos)
- Por las reparaciones de cualquier naturaleza que deban hacerse al bien arrendado, las cuales, corren a cargo del arrendatario y deberán hacerse por el fabricante, su agente o por expertos.
- Por danos a terceros que se produzcan con ocasión del funcionamiento del equipo o bien arrendado
- Por daño o pérdida que sufra el bien, por las cuales responde el arrendatario”⁵¹

El pactar cláusulas penales en caso de incumplimiento por cualquiera de las obligaciones asumidas por parte del arrendatario de leasing, las cuales en general se suscriben para garantizar el pago de los cánones de leasing, en el cual se obliga voluntariamente a pagar una multa a título de punición por el incumplimiento de sus obligaciones principales, esta cláusula puede albergar simplemente la imposición del pago de intereses de mora e incluso la terminación unilateral del contrato con indemnización de perjuicios y cancelación de los cánones no vencidos.

⁵¹ Cifuentes Muñoz, Eduardo. El leasing. Pág.119, 120.

CAPITULO III.

3. DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL DESTINADO A LA ADQUISICION DE VIVIENDA FAMILIAR EN COLOMBIA.

3.1. CONSIDERACIONES JURIDICAS

La calificación jurídica de este contrato es un aspecto de interés dentro de la investigación, pues la normativa legal que la define es muy básica, además ha sido desarrollada muy poco por la doctrina nacional y naturalmente por la jurisprudencia nacional. La doctrina extranjera que se han ocupado del tema propone al respecto diferentes tesis, pues, como se verá, un importante sector de expositores lo califican con las formas jurídicas tradicionales. Afirman que se trata de un arrendamiento con ciertas modalidades especiales, otros lo consideran como un contrato que se desarrolla en dos momentos contractuales, el primero es arriendo y el segundo compraventa, los autores conceptúan que es un contrato mixto, entre otras. Se trata de un nuevo tipo contractual, de carácter mercantil, con autonomía propia, reconocido por el ordenamiento nacional jurídico y porque los intereses que regula son dignos de tutela.

Se considera importante esta investigación, estudio para la cual se han agotado las fuentes directas e indirectas, inmediatas y mediatas de información existente en nuestro país.

Por lo anterior, es la intención con esta monografía exponer el pensamiento sobre la naturaleza y el régimen jurídico de este contrato de leasing habitacional para aportar los elementos que sirvan para comprender en su integridad esta nueva forma negociable y resolver los problemas que su ejecución plantea.

Este particular contrato que no deja de ser una especie de híbrido entre el contrato de arrendamiento de bien inmueble, el contrato de compra venta de vivienda urbana y el contrato de leasing en general o arrendamiento financiero, resulta interesante en demasía toda vez que entrelaza aspectos básicos de estas tres formas contractuales, en tanto genera un financiamiento para la adquisición de vivienda urbana, que mientras no se reúna todo el capital necesario para hacer totalmente efectiva la compra, se traduce en solo un arrendamiento con opción de compra, que incluye por supuesto, tal financiación.

Así pues, la ciencia jurídica ha de acomodarse, instalarse y desarrollarse con base en las necesidades comerciales de la época. En lo relacionado con nuestro país, se tiene que se observó el decaimiento en cuanto a la compra de vivienda urbana, debido a la difícil situación económica que conllevó al simple arrendamiento con los riesgos que comporta, evidenciándose la necesidad de fomentar la compra de inmuebles con este fin nace como respuesta el leasing habitacional, que derivara un ingreso para las entidades financieras, que vieron en esta nueva institución contractual el rápido y seguro acceso a rendimientos y utilidades efectivas y el crecimiento económico mas la solución a la iliquidez que les agobiaba.

Una de las causas que promocionaron el nacimiento de este contrato fue, el déficit habitacional de Colombia, que según cifras de Camacol, equivale entre un millón doscientos mil y un millón ochocientos mil viviendas, en el cual la mayoría corresponde a hogares de escasos recursos económicos. Esto en gran parte, causado por la morosidad de los pagos mensuales de los créditos hipotecarios existentes y la iniciación de una etapa de dificultades para la banca hipotecaria, en la que las instituciones monetarias nacionales promovieron aumentos repentinos de la tasa de interés y

provocando la imposibilidad de cumplir con las obligaciones hipotecarias adquiridas, a su vez la desaceleración de la economía y el apuro en que entran las familias por aumento del desempleo y caída de sus ingresos.

Conociendo el panorama social y económico de nuestro país, contradictoriamente la política habitacional del gobierno tiene como propósito “proporcionar acceso a viviendas adecuadas y de excelente calidad a la población, generando condiciones de vida que permitan el desarrollo sostenible de la sociedad colombiana a través del Ministerio de vivienda y desarrollo sostenible”¹⁹⁷.

A pesar de toda esta crisis habitacional y sus efectos, el gobierno ha intentado darle solución a través de diferentes políticas de desarrollo, como financiación hipotecaria, subsidio familiar de vivienda, servicios públicos, concesiones para infraestructura, inversión pública en infraestructura, pero desafortunadamente todas estas buenas intenciones se han concebido desarticuladamente, sin una plataforma que permita que sea posible.

Entendido este penoso panorama, el legislativo, el gobierno nacional y las autoridades monetarias colombianas con el fin de atender a esta problemática apremiante e influyente en la construcción de una política habitacional para Colombia, buscando una política habitacional que permita la mayor cantidad de opciones para el acceso a vivienda, con flexibilidad y dejar en manos de los consumidores la decisión de la cual de ellas se adapta mejor a sus necesidades y condiciones, dando origen al contrato de leasing habitacional

A pesar de estas y otros factores que no traigo a colación, el gobierno nacional espera que a través del leasing habitacional se logre disminuir el déficit habitacional y se corrijan el actual sistema de financiación de vivienda dispuesto por la ley 546 de 1999, además de posibilitar el crédito subsidiado, pero el principal objetivo que se espera es contribuir al acceso de vivienda a los colombianos.

¹⁹⁷ www.camacol.co.com

Después de haber aclarado un poco el contexto colombiano respecto a la política habitacional, resulta imperioso considerar que como en todos los contratos, este tiene sus propias “reglas de juego” que en teoría obedecen a las necesidades de la sociedad (las cuales enumerare para desarrollarlas posteriormente). Entonces, dentro de estas reglas, las entidades deberán advertir que la sola suscripción del contrato de leasing habitacional no transfiere el derecho de dominio al locatario, evento que solo ocurrirá una vez este ejerza la opción de adquisición y pague su valor.

Deberá igualmente explicar las modalidades de pacto de la operación ofrecida por la entidad autorizada (moneda legal o unidades bajo una u otra forma), exponer el sistema de amortización con sus costos financieros, plazos e ilustración detallada de los costos, por ejemplo, seguros e impuestos, así como explicar la forma de liquidación del canon y los valores incluidos en este, los efectos de la mora, de los pagos parciales y de los pagos extraordinarios, estimación de la opción de adquisición, efectos por no ejercer la opción de adquisición, ejercicio anticipado de la opción de adquisición y condiciones y procedimientos para la cesión de la opción.

Tendrán que explicar las condiciones y los procedimientos para la cesión del contrato, los efectos y las causas de la terminación, contar con una proyección del contrato para ilustrar a los interesados, en el cual se indiquen el valor estimado de los cánones, discriminando en las amortizaciones, el costo financiero y los montos apagar por seguros, impuestos u otros conceptos.

Finalmente, me permitiré transcribir un aparate de los principios rectores de la política habitacional Colombiana, con el propósito de aclarar en parte los objetivos del gobierno con esta ley de leasing habitacional. “Las reglamentaciones de la política habitacional, deben servir para generar un entorno que facilite y promueva:

- La eficiencia y eficacia en el uso de los recursos humanos, económicos y naturales.
- La competencia, con énfasis en el control de los posibles abusos de posiciones dominantes

- La proyección internacional de los actores de la cadena de valor de la construcción de edificaciones
- La calidad de la vivienda y el entorno
- La generación de riqueza y empleo
- La equidad entre los actores de la cadena de valor
- La equidad social en la solución habitacional

Además las reglamentaciones que instrumente la política deberán ser simples, claras y estables”¹⁹⁸

Las altruistas y magnánimas intenciones del gobierno nacional, serán objeto de nuestro estudio en las próximas páginas.

3.2. ANTECEDENTES

La calificación de este contrato es un aspecto oscuro dentro de la investigación jurídica, pues aunque haya sido creada por una normativa legal definiéndolo, como hemos dicho, no ha sido estudiado con esmero por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional.

El leasing inmobiliario remonta su origen en los Estados Unidos, bajo la modalidad de sale and leasing back teniendo una fuerte divulgación y practica en razón a los beneficios de carácter fiscal que abordaba¹⁹⁹. Posteriormente esta figura contractual se ha expandido por el mundo, en donde países como Francia, adoptaron bajo la Ordenanza 67-837 el concepto de leasing inmobiliario como el proceso en el cual “una empresa da en alquiler bienes inmobiliarios de uso profesional, comprados por ella y construidos por su cuenta –cuando estas operaciones, cualquiera sea su calificación, permitan a los arrendatarios convertirse en propietarios de todo o parte de los bienes alquilados, a más tardar a la expiración del arrendamiento, ya sea por cesión en cumplimiento de una promesa unilateral de venta, o por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad

¹⁹⁸ www.mininterior.gov.co.com

¹⁹⁹ KEMERLMAJER DE CARLUCCI, Aída. Aproximación al contrato de leasing inmobiliario en Derecho empresarial. Editorial Desalma. Editorial Desalma, 1996. Pág.474

del terreno sobre el cual se ha edificado el o los inmuebles alquilados, o por transferencia de pleno derecho de la propiedad de las construcciones edificadas sobre el terreno perteneciente al arrendatario”²⁰⁰

A su vez el derecho Italiano, consagró este contrato en la ley 183 de 1976 como “operaciones de arrendamiento financiero se entienden las operaciones de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, adquiridos o mandados a construir por el arrendador bajo escogencia e indicación del arrendatario, quien asume todos los riesgos, y con la facultad para este ultimo de convertirse en propietario de los bienes arrendados al termino del arrendamiento, contra el pago de un precio preestablecido”²⁰¹

El leasing inmobiliario, viene respondiendo satisfactoriamente a diversos intereses económicos de estos países que han acogido la figura contractual como otros, por ejemplo, en los países escandinavos, caracterizados por una larga tradición de planeamiento urbano, éste es utilizado como instrumento de política de planeamiento. En los Estados Unidos de Norteamérica, donde esta técnica nace y alcanza su mayor desarrollo, es frecuente su utilización en la construcción de los conocidos Shopping Center. En el mercado italiano, las empresas autorizadas a operar aplican el leasing inmobiliario al sector agrícola, al de la administración pública y al del comercio internacional.

Naciones Europeas y de América suscribieron la Convención de Unidroit sobre leasing inmobiliario internacional, celebrada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, que reconoció en su cuarto artículo la practica masiva de este contrato de leasing inmobiliario a nivel internacional, pero disponiendo la libertad de aplicar en ciertos aspectos las leyes propias de cada estado relativas a la incorporación o a la fijación edificio, así como los derechos respectivos del crédito-proveedor y los titulares de un derecho real sobre el edificio que resulten, son regulados por la ley del Estado de situación de este edificio. “Les dispositions de la présente Convention ne cessent pas de s’appliquer du simple fait de l’incorporation ou de la fixation du matériel à un immeuble. Les questions relatives à l’incorporation

²⁰⁰ Ordenanza 67-837. Artículo 1, de septiembre 28 de 1967.

ou à la fixation du matériel à un immeuble, ainsi que les droits respectifs du crédit-bailleur et des titulaires d'un droit réel sur l'immeuble qui en résultent, sont régis par la loi de l'Etat de situation de cet immeuble »²⁰²

Desde la perspectiva internacional, es evidente que los países de mayor desarrollo económico han logrado una estabilidad a la necesidad de vivienda de sus coasociados, a través de esta figura económica y un articulado social y político acorde que permite la promoción de este contrato sin llegar a crisis de déficit habitacional. No pretendo con esta comparación, afirmar que el afianzamiento de este contrato en los países europeos tendrá el mismo efecto en nuestro país, pues el contexto es completamente diferente sin perder de vista que este contrato se difundió después de la segunda guerra mundial.

En Colombia, el 28 de marzo de 2003 se reglamentaron las operaciones de Leasing Habitacional a través del decreto N° 077 de 2003, igualmente el 9 de junio del mismo año, la superintendencia Bancaria reglamento la parte operativa de las entidades financieras para que puedan realizar este tipo de modalidad contractual, observándose a futuro Colombia como un país de propietarios.

Este decreto, si bien obedece a una necesidad social, también es respuesta a la necesidad de comercializar los bienes recibidos en pago por cuotas atrasadas en los créditos hipotecarios y que llegaron aproximadamente a unas diez mil quinientas viviendas en entidades financieras, siendo un de los antecedentes mas influyentes que impulsaron su creación.

Entendiendo que el leasing es el compromiso de arrendamiento entre una entidad financiera (propietaria de un inmueble) y un comprador, quien al final de un plazo pactado paga una cuota para convertirse en propietario del inmueble, se observa como mas importante antecedente la necesidad social de incrementar el consumo de vivienda urbana, aunque sin lugar a dudas, a nuestro particular modo de ver la situación, no es realmente esta la inclinación o motivación

²⁰¹ Ley 183 de 1976, Artículo 17, inciso 2.

fundamental que conllevo la creación de esa modalidad contractual en nuestro sistema legislativo, sino la necesidad de dar mayor movilidad a este sector del mercado y jalonar de esta manera la construcción de nuevas viviendas, su entrega con seguridad para la entidad crediticia y el incremento de utilidades para las empresas dedicadas a esta actividad.

La creciente y delicada crisis relacionada con la adquisición de vivienda, el incremento indiscriminado y desbordante de las cuotas para los usuarios que en muchas ocasiones terminaron cancelando dos y hasta tres veces el valor del inmueble e incluso con la entrega del bien como fórmula final de arreglo frente al reiterado incumplimiento de las obligaciones crediticias por los clientes, conllevaron a la búsqueda de nuevas estrategias y modalidades para acercar esta posibilidad de adquisición a los usuarios, pero sin mayores pérdidas para la entidad prestadora del servicio, que en muchas ocasiones recibía un inmueble en muy mal estado, bastante deteriorado y con una pérdida sustancial de dinero, a expensas de recuperar en algo el dinero que se había prestado para su adquisición

En razón pues de toda esta crisis que todos conocemos, las instituciones financieras se encontraron en iliquidez, pero con gran cantidad de bienes inmuebles en su haber, el gobierno se tuvo que enfrentar a una sociedad sin vivienda, que exigía formulas de financiación posibles y justas para adquirir un lugar de habitación, la inconformidad de la sociedad colombiana por el sistema UPAC, posteriormente el UVR, las agremiaciones de la construcción etc., todos y otros factores presionaron para que finalmente se optara por una política económica que satisficiera la necesidad de vivienda de los colombianos y la comercialización de los inmuebles en cabeza de las entidades financieras.

3.3. CONCEPTO Y FINALIDAD

La jurisprudencia nacional, por medio del Consejo de Estado acogió la definición de la asociación española de leasing diciendo que es “una moderna formula de financiación que permite al

²⁰² <http://www.unidroit.org/french/conventions>

empresario profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios mediante el pago de un alquiler con la posibilidad de adquirir su propiedad por un precio establecido de antemano”²⁰³

Pero el leasing ,como ha sido estudiando en el capítulo anterior, “es una herramienta de asistencia financiera y coetáneamente, se muestra como una alternativa eficaz para el sector de consumo y las economías familiares, al allanar el acceso al mercado de automotores, inmuebles y enseres domésticos, aun cuando reconoce como obstáculo la existencia de algunas barreras culturales, sobre todo para cambiar los hábitos más arraigados en materia de adquisición de vivienda, cuyo objetivo final –el de la casa propia- parece más distante cuando sólo se está pagando un canon en lugar de una cuota hipotecaria.”²⁰⁴

Pero el legislador en el decreto 1787 de 2004 y el decreto 777 de 2003, en sus artículos 2, define la operación de leasing habitacional “destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega aun 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 ultimo decide ejercer la opción de adquisición pactada a su favor y paga a su valor”²⁰⁵

En vista que el legislador denota dentro de esta definición el concepto de leasing financiero, es pertinente, en este estudio traer a colación este concepto el cual se han concebido las operaciones de arrendamiento financiero o de 'leasing' son aquellas que tienen por objeto la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Algunos autores dicen que el contrato de arrendamiento financiero o de 'leasing' debe incluirse dentro de los llamados contratos conexos en los que se da de una parte la compraventa y de otra un

²⁰³ Sentencia del Consejo de Estado. Diciembre 14 de 1988. Consejero Ponente: Jose Ignacio Narváez Garcia

²⁰⁴ Barbier, Eduardo Antonio. Contratación Bancaria 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002. pág 277

²⁰⁵ Decreto 1787 de 2004, artículo 2 y Decreto 777 de 2003, artículo 2.

arrendamiento con opción de compra, no siendo infrecuente que la sociedad arrendadora se reserve el dominio del bien de que se trate mientras perdure la relación contractual.

En un principio esta modalidad de contrato de leasing ha sido utilizada principalmente por industrias en proceso de instalación o de expansión que no pueden o no desean financiar por sí mismas el proyecto de construcción que necesitan, entonces la adquisición es hecha por un banco o entidad financiera de un “determinado inmueble seleccionado por el cliente, con el objeto de construir en el terreno adquirido un edificio destinado a industria, establecimiento fabril, explotación comercial, etc. el cual una vez terminado es inmediatamente ocupado y utilizado por el cliente en locación financiera. Vencido el plazo del contrato y cumplidas todas y cada una de las obligaciones asumidas, el cliente se hace propietario del terreno y de la construcción. Esta modalidad operativa también puede desarrollarse mediante la adquisición por el banco o entidad financiera de un inmueble que ya contenga la construcción que el cliente necesita.”²⁰⁶

En la practica internacional, “el contrato de leasing inmobiliario a sido utilizado principalmente por industrias a instalarse o en procesos de expansión que no pueden o no desean financiar por sí mismas el proyecto de construcción que necesitan. Consiste en la adquisición que hace un banco o entidad financiera de un determinado inmueble seleccionado por el cliente, con el objeto de construir en el terreno adquirido un edificio destinado a industria, establecimiento fabril, explotación comercial, etc. El cual una vez terminado es inmediatamente ocupado y utilizado por el cliente en locación financiera. Vencido el plazo del contrato y cumplidas todas y cada una de las obligaciones asumidas, se convierte en propietario del terreno y de la construcción.”²⁰⁷

Pero en Colombia es concebido como un contrato a través del cual las entidades bancarias y las compañías de financiamiento comercial, autorizadas por la Superintendencia Bancaria, entregan a un usuario una vivienda, a cambio del pago de un canon periódico (equivalente al de arrendamiento), acordado entre la entidad y el beneficiario, con derecho a realizar abonos extraordinarios en cualquier momento, con el fin de disminuir el valor final de la opción de compra.

²⁰⁶ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.. chile 1987. pág 306.

De esta forma, el esfuerzo económico se evidencia al terminar el contrato, (la duración mínima es de 10 años) y no al comienzo como ocurre con el crédito hipotecario, donde se requiere el pago de una cuota inicial. Entre mayor sea el valor del canon mensual, menor será el monto final necesario para ejercer la opción de compra, oportunidad del beneficiario para decidir devuelve al propietario el inmueble o se transfiere si decide comprarlo y pagar su valor.²⁰⁸

Después de las anteriores acepciones, condense estas ideas, para afirmar que el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda familiar, es contrato formal, especializado y de financiación, que ofrece una entidad financiera debidamente autorizada, a un usuario que algunas veces representa una familia, cuya finalidad es el uso y goce del inmueble destinado únicamente a satisfacer la vivienda o habitación del usuario, con la posibilidad de adquirir la propiedad al finalizar el término, a través de una opción de compra pactada desde su inicio. Mientras este término se cumple, el contrato se ejecuta permitiendo la entidad especializada, propietaria del inmueble, el mero uso y goce al usuario, quien a cambio debe cancelar periódicamente un canon de leasing, que incluye la financiación del inmueble, los costos de uso y habitación y las utilidades del ente financiero, entre otros.

En vista que, el contrato objeto de estudio, busca ser una solución a la crisis habitacional latente en Colombia, se espera que al menos, esta medida beneficie a los propietarios que han entregado sus viviendas en dación de pago por el incumplimiento de sus deudas. Ellos podrán volver a recibir el inmueble de parte de las entidades financieras, en calidad de arriendo con opción de compra, es en virtud del decreto 777, los deudores que hayan entregado su vivienda en dación de pago podrán optar por el leasing habitacional de la vivienda entregada si no ha sido vendida o prometida en venta. Si ya se vendió, el establecimiento deberá ofrecer otro inmueble para que realice el leasing, dándoles prioridad y apoyo.

²⁰⁷ Villegas, Carlos Gilberto. Manual de Derecho Bancario. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1987. Pág. 306.

²⁰⁸ www.supersociedades.gov.co www.metrocuadrado.com

Esta prioridad sólo operará para daciones en pago formalizadas totalmente hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley 795 de 2003 y durante tres meses después de que entre en vigencia el decreto reglamentario.

Personalmente , considero que las circunstancias que dan origen a este contrato, es decir la crisis habitacional, el haber cuantioso en inmuebles que poseen las entidades bancarias a causa del fracasado sistema hipotecario, mas el sentimiento de desconfianza de los usuarios frente a los contratos de financiación de vivienda, basado en sus propia experiencia con el sistema UPAC o UVR y por supuesto la inestabilidad laboral que agobia a los colombianos, genera un rechazo inmediato a nuevas formulas de financiación, pues aunque las entidades financieras realicen un buen marketing de su producto, el sentimiento de inconformidad que vivieron estas familias, que presionadas por las altas cuotas hipotecarias, se encontraron obligadas a perder sus ahorros invertidos en el pago del crédito hipotecario, mas el inmueble que tenían en su propiedad.

En suma, con los créditos hipotecarios, las familias gozaban de detentar el titulo de propietarios del inmueble, de usar, gozar y disponer del mismo como señor y dueño, ahora con el contrato de leasing gozan inicialmente la calidad de meros usuarios del mismo, pagan un canon por este uso, mas la financiación del bien. Pero la sociedad colombiana esta preparada mentalmente para este tipo de contratos anglosajones que son desarrollados en una plataforma económica tangencialmente diferente, con índices de inflación netamente opuestos, tasas de interés estables, entidades financieras realmente especializadas en la materia y no bancos que se autorizan por una eventual crisis. Además si bien el contrato de leasing es creado en el mundo para la adquisición de bienes inmuebles, en nuestra legislación se ha buscado enfocar este contrato aun mas especifico, pues es para adquisición de vivienda familiar, el cual detenta un alto ingrediente social y una gran responsabilidad estatal.

Hay que tener en cuenta que básicamente este contrato se dirige a personas que de una u otra manera tiene cierto nivel medio medio, medio alto y alto de poder adquisitivo, pues las cuotas mensuales son consecuentemente mas altas que un arriendo normal y el contrato esta diseñado para aquellas familias que tienen capacidad de ahorro y que al final del contrato cuando ejerzan la opción de compra, puedan cancelar este precio de compra. Existe capacidad de ahorro en

Colombia? En que índice? No me atrevo a dar respuesta a estos interrogantes, pues como lo expuse, la solución a la vivienda, es un problema social de pobreza, el cual se eleva hasta que porcentaje?

3.4. REGULACION LEGAL EN COLOMBIA

La ley 795 de 2003, concibió el contrato de leasing inmobiliario en nuestra legislación nacional, pero posteriormente este mecanismo sufrió inconvenientes en la Corte Constitucional, pues se solicitaba mayor claridad para los usuarios interesados en tomar la opción. El gobierno atendió el mandato de la Corte y expidió una nueva reglamentación que permite a los bancos y compañías de financiamiento comercial ofrecer esta modalidad de adquirir vivienda a los usuarios a través del decreto 777 del 28 de marzo de 2003.

Mediante esta legislación, se permite que un banco entregue a una persona (inquilino) la tenencia del inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional o vivienda, a cambio del pago de un canon periódico.

Esta nueva herramienta de adquisición de vivienda se promulgó con la esperanza de favorecer a los colombianos que no tienen ahorro previo ni cuota inicial, a los que tengan expectativas de ingresos futuros superiores o capacidad de pago. Además, el usuario puede optar por efectuar la operación en moneda legal o en unidades de valor real (UVR).

A su vez este contrato se articula de un sistema con las exenciones tributarias, que buscan estimular la utilización de este mecanismo de financiación de vivienda, contenidas en el Decreto 779 del 28 de marzo de 2003.

Respecto a las entidades que prestan este servicio, Davivienda y Colpatria son quienes ofrecían inicialmente este sistema que incentiva el arriendo de vivienda con opción de compra, pero con el Decreto 1787 del 3 de junio del 2004 se dio la oportunidad para que otras entidades ofrezcan este contrato de leasing habitacional.

Como se mencionó al inicio de esta investigación, al tratarse de un contrato que busca satisfacer una necesidad social como la vivienda digna, es regulado de igual forma por la Constitución Política Nacional, de una forma especial, pues es un bien digno de tutela y atención por las autoridades e instituciones estatales. También por virtud de los sujetos que participan en la relación contractual, se rigen por las normas de derecho privado, contempladas en el código civil, código de comercio y estatuto financiero. La Honorable Corte Constitucional sobre la regulación legal del contrato de leasing habitacional dijo “una vez autorizada una nueva actividad financiera, esa se somete a las leyes marco vigentes y aplicables según la materia, la autorización para que los establecimientos bancarios realicen operaciones de leasing habitacional se dicto en una ley ordinaria y, en cuanto a la realización de la actividad, se sujeta a las normas de naturaleza marco contenidas en la disposición demandada, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en la ley materia de financiación de vivienda, actualmente la ley 546 de 1999”²⁰⁹

3.4.1. ELEMENTOS

Haciendo alusión al pronunciamiento del Consejo de Estado los elementos que se destacan en el contrato de leasing “1) Un contrato de arrendamiento de bienes de capital, necesarios para determinar actividad productiva. Esto significa que del leasing se excluyen las cosas incorporales y los bienes de consumo durable y no durable. 2) La opción de compra del bien arrendado sujeta a condición suspensiva a la vez potestativa por cuanto la celebración de la compraventa queda al arbitrio del arrendatario. Estos dos elementos son esenciales del leasing pues sin ellos no existe o degenera en otra relación contractual diferente”²¹⁰

3.4.1.1. Elementos Esenciales

²⁰⁹ Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett

²¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado. Diciembre 14 de 1988. Consejero Ponente: José Ignacio Narváez García

Basándonos en el pronunciamiento del honorable Consejo de Estado, los elementos esenciales del contrato de leasing habitacional, serían el bien inmueble, la opción de compra y por supuesto el canon y precio.

3.4.1.1.1. Bien inmueble

TABLA 3.1. Respecto a la naturaleza del bien objeto del contrato, sus características y funciones

CRITERIO	BIEN INMUEBLE DEL LEASING HABITACIONAL DESTINADO A LA ADQUISICION DE VIVIENDA FAMILIAR
CONCEPTO	Es un bien material inmueble de propiedad de la sociedad de leasing, idóneo para satisfacer las necesidades de vivienda o habitación del usuario.
FIN	Permitir el uso y goce habitacional del bien al tomador, que tiene la intención de adquirir la propiedad en el futuro gracias a la opción de compra, a cambio de un precio menor al comercial, pactado al inicio del contrato.
CARACTERISTICA	<ul style="list-style-type: none"> • Bien inmueble (edificación en un terreno) • El bien inmueble debe existir al momento de celebrar el contrato o existirá en una fecha futura pero determinada y cierta • Debe ser un bien específico, según necesidades determinadas del tomador, en cuanto a su calidad, naturaleza y cantidad (Artículo 1518 C.C.) • Es un bien susceptible de comercialización • Debe ser de propiedad de la entidad autorizada “durante el termino del contrato... sin perjuicio de que varias entidades autorizadas entreguen en leasing

	conjuntamente inmuebles de propiedad común mediante la modalidad de leasing habitacional sindicado ²¹¹
PERFECCION DE LA ENTREGA	El bien es seleccionado por el cliente usuario, quien se obliga celebrar el contrato de leasing habitacional en razón a aceptar la oferta de selección de un inmueble. La compañía de leasing adquirir el bien si no es de su propiedad o simplemente le trasmite sus derechos de tenencia al locatario por un término suficiente para recuperar la inversión y percibir utilidades. La entrega se hace materialmente, es decir por la mera tradición y al ser un contrato de naturaleza solemne, las partes deben dejar por escrito el contrato, "los contratos de leasing habitacional deberán celebrarse por escrito" ²¹² .
TITULO Y MODO	El título es el contrato de leasing habitacional, que permite uso y goce habitacional del inmueble al cliente usuario. El modo es por la mera tradición, pero por tratarse de un bien inmuebles es necesario hacer el registro ante la entidad competente por virtud del contrato de leasing habitacional, en el cuál consta que es propiedad de la compañía de financiamiento comercial.

La celebración del contrato sobre bienes inmuebles de uso publico, genera la nulidad absoluta del contrato, además de ser ilícita, de igual forma los bienes inmuebles embargados por decreto judicial vician de nulidad el contrato

3.4.1.1.2. Opción de Compra

TABLA 3.2. Opción de compra

CRITERIO	OPCION DE COMPRA
PLAZO	La oportunidad para ejercer la opción de compra equivale a la duración misma del contrato la cual no puede ser inferior a diez (10) años. Cumplido el tiempo del contrato el usuario podrá hacer uso de su derecho de opción de compra notificando a la compañía de leasing.

²¹¹ Decreto 1787 de 2004. Artículo 8.

²¹² Decreto 1787 de 2004. Artículo 4. literal j.

PRECIO	El precio equivale, al valor residual, que debe cancelar el usuario que ha decidido adquirir el bien inmueble destinado a su vivienda. Este precio debe ser determinado o determinable, serio, justo y real. El calculo de este precio, con el fin de darle viabilidad al contrato, este valor residual no supere el 30% de valor comercial del bien ²¹³
TITULO	La Propiedad se transfiere a título del contrato de leasing habitacional, gracias a la opción de compra incorporada
MODO	Por medio de la tradición e inscripción del contrato ante la Oficina de Instrumentos Públicos, elevando el contrato a Escritura Publica, "los contratos de leasing habitacional no requieren elevarse a escritura publica. Solo será necesaria la escritura publica cuando se efectuó la transferencia del dominio del inmueble a título de leasing habitacional, una vez se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor" ²¹⁴ en virtud de la naturaleza del contrato, cuando se decide hacer efectiva la opción de compra, es decir en estas circunstancias se rige por las mismas reglas del contrato de compraventa.
FINALIDAD	La finalidad de la opción de compra es la adquisición de la propiedad del bien inmueble por parte del locatario.

Si el locatario deseara ejercer la opción de compra antes del cumplimiento del plazo, esta es totalmente procedente, solo si se han consagrado esta posibilidad dentro del contrato que se suscribió, indicando como se realizaría o que proceso se llevaría a cabo en el debido caso²¹⁵

Es viable que el tomador del leasing habitacional ceda la opción de compra a un tercero, manifestando al dador su decisión, en este caso, el tercero cancelará el precio de ejercicio de la opción de compra, pero esta cesión debe ser autorizada a su vez por la entidad bancaria, de lo contrario no surtirá efectos para el contrato, "El locatario podrá ceder a un tercero su derecho a ejercer la opción de adquisición, la cual solo producirá efectos hasta tanto sea aceptada por la entidad autorizada"²¹⁶

²¹³ Decreto 1787 de 2004. Artículo 4. literal d.

²¹⁴ Decreto 1787 de 2004. Artículo 13

²¹⁵ Decreto 1787 de 2004. Artículo 9

²¹⁶ Decreto 1787 de 2004. Artículo 4. literal g.

Nuestro legislador ha hecho una clara diferenciación entre el precio o valor en la opción de compra así: “Para los efectos del decreto 1787, las definiciones que se relacionan a continuación tendrán el sentido que aquí se expresa; a) Precio de la opción de adquisición: es el precio pactado en el contrato de leasing habitacional que paga el titular de la opción o locataria para tener el derecho de adquirir un inmueble en un plazo determinado. b) Valor de ejercicio de la opción de adquisición; es el precio pactado en el contrato de leasing habitacional por el cual el inmueble puede ser adquirido por el titular de la opción o locatario”²¹⁷ Extiéndase que al referirnos en este estudio al precio de la opción de compra realmente nos referimos a lo que el legislador a denominado como valor del ejercicio de la opción de compra.

Ahora bien, si el locatario no decide hacer ejercicio de la opción de compra a la que tiene derecho, se seguirá un procedimiento con el fin de devolver el canon y los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble así:

1. “El valor del inmueble se calculará de acuerdo con el precio de venta o por el precio pactado en un nuevo contrato de leasing si el precio se pacto en UVR, se tomara el valor de la UVR a la fecha en que se suscriba la promesa de compraventa o el nuevo contrato de leasing. Para efectos de lo dispuesto en el presente literal, el locatario podrá presentar a la entidad autorizada personas interesadas en adquirir el bien o en celebrar un nuevo contrato de leasing.
2. Del valor del inmueble calculado conforme a lo señalado en el numeral anterior, se deducirán los siguientes rubros:
 - Los costos y gastos en que haya incurrido la entidad por concepto de la enajenación o nueva colocación del inmueble ,y
 - El valor de ejercicio de la opción de adquisición pactada en el contrato”²¹⁸

²¹⁷ Decreto 1787 de 2004. Artículo 16.

²¹⁸ Decreto 1787 de 2004. Artículo 7. numeral 1.

En este caso especial, vale la pena aclarar que cuando el usuario del leasing decide no hacer efectivo su derecho de adquisición, el valor del canon de devolver se calcula según el precio de venta pactado, mientras que el valor de la opción de adquisición como el decreto 1787, se calcula según el valor comercial del bien, esto es una clara y evidente desventaja en el poder adquisitivo para el cliente, pues bien, si decide no adquirirlo su dinero no es indexado, perdiendo su valor adquisitivo por el tiempo, cuando los bienes inmuebles suelen valorarse día a día en nuestro país en razón al crecimiento de las ciudades, bien sea porque se construyo una nueva carretera, se cambiaron las instalaciones de servicios públicos etc., por una y otras razones, esta valorización si es tenida en cuenta por la entidad financiera si se ejerce la opción de compra para que esta sea quien reciba el precio correspondiente al valor comercial actual, mientras que como lo dije, el locatario recibirá el valor comercial del inmueble al momento de iniciar el contrato.

3.4.1.1.3. Canon y Precio

El canon es la suma de dinero que periódicamente abona el tomador al dador por el uso y goce el bien, y que incluye amortización del bien, los intereses financieros, gastos varios y una proporción en el precio de compra de la cosa. El pago del canon podría decirse que es la principal obligación del tomador.

Cuando definimos el contrato de leasing habitacional, nos referimos un poco al respecto de este elemento esencial del contrato, el cual comprende unas cuotas periódicas que el cliente se ha obligado a cancelar. Este canon ha sido calculado teniendo en cuenta la amortización del bien objeto de leasing habitacional, los gastos administrativos, los pasivos financieros que se hayan contraído por la empresa de leasing para adquirir el bien y un margen de ganancia.

Este precio por supuesto que debe ser cancelado en dinero, así las cuotas se expresen en unidades de valor real, pues es requisito indispensable del canon y precio ser determinable o determinado y real.

Este precio esta compuesto por dos partes, una correspondiente al abono de capital y la segunda parte que corresponde a los costos financieros y intereses.

La parte correspondiente a los abonos de capital se carga directamente contra el pasivo registrado por el usuario, como un menor valor de este, mientras que la segunda parte; los intereses y costos financieros son un gasto deducible para el usuario. Para este fin en el contrato se suscribe el valor del bien en el momento de celebración del contrato, incluyendo el valor de los impuestos cancelados y discriminados.

El extracto de pago que se suministra al usuario del leasing habitacional, deberá incluir detalladamente una descripción de:

- Nombre del titular del contrato de leasing habitacional
- Sistema de amortización
- Cotización de la unidad de valor real, si se pacto bajo esta modalidad. Si ha sido en moneda legal, en pesos colombianos.
- Número de cánones que se cancelan
- Número de cánones pendientes
- Fecha de corte de la obligación, fecha limite de pago del canon
- Saldo por amortizar
- Discriminación del pago, efectuado indicando monto amortizado, costos financieros y pagos realizados por seguros u otros conceptos

Respecto al sistema de amortización que se adopte, debe estar contemplado claramente, como mínimo:

- Gastos financieros involucrados en los cánones, el sistema debe considerar los costos, los cuales se expresan como tasa.
- Plazos, el sistema debe prever los plazos derivados de la ejecución del contrato, que corresponden a lo pactado por las partes
- Comportamiento de los cánones, es decir uniformes o variables. Si se pactan variables, se deberá especificar de que manera se realiza esta variación.

Como sabemos, en este contrato no existe una cuota inicial a cancelar para dar inicio al contrato, pero si el usuario de leasing así lo desea es posible, como también es posible que realice pagos extraordinarios a abono de capital o pagos parciales.

Como es la obligación más importante del tomador del leasing, el pago del canon habitacional, este pago debe hacerse en el tiempo y lugar convenidos en el contrato. Generalmente debe abonarse mensualmente, aunque puede ser bimestral, semestral, anual, etc., según se haya convenido por las partes. Si el usuario del contrato no cancela el canon en las condiciones pactadas, después de la fecha límite, incurrirá en mora automáticamente como en todas las obligaciones crediticias, incluso dando lugar a la terminación del contrato y si las partes pactaron en el contrato indemnización de perjuicios por esta causa, habrá lugar a la misma.

El canon es atractivo en materia fiscal, en razón a los beneficios tributarios que el gobierno le dono a todos los contratos de leasing habitacional firmados dentro de los 10 años siguientes al 27 de diciembre de 2002 que serán objeto de las exenciones de impuestos, este es el principal atractivo del contrato. Estos beneficios consisten en:

- Reducción de la base sobre la cual el asalariado paga la retención en la fuente.
- A los usuarios la medida les permite que el canon de arrendamiento con opción de compra que pagan por una vivienda, les sea deducido de la base que se toma en cuenta para tributar la retención en la fuente,
- Exención del impuesto de renta

- Las entidades financieras o las empresas que ofrezcan el servicio de leasing habitacional quedarán automáticamente exentas del pago del impuesto de renta.
- Por ser el inmueble de propiedad de la entidad financiera, el beneficiario no paga impuesto predial hasta que ejerza la opción de compra.
- Disminución de la base mensual de retención por el pago de intereses y/ o corrección monetaria o del costo financiero en virtud del contrato de leasing.
- El impuesto de timbre sólo podrá ser cobrado si vencido el término del contrato, el usuario no hace uso de la opción de compra.

Esta lista de beneficios tributarios que impulsa el gobierno nacional tiene como fin generar mayor crecimiento económico y promover una recuperación sostenida del sector de la construcción, facilitar el acceso a la propiedad de las viviendas causada por la recesión económica padecida en los últimos años y de esta manera darle una solución a uno de los problemas sociales mas acuciantes del momento

El legislador ha denotado una formalidad especial, en caso de que el locatario cancelara cánones extraordinarios, estos se tendrán que reflejar en el contrato de leasing habitacional a elección del locatario, “un menor valor de los cánones, una reducción del plazo, un menor valor de la opción de compra” en cualquier momento es viable, a voluntad libre del locatario realizar este tipo de pago de cánones extraordinarios sin que esto afecte la naturaleza y las obligaciones principales del contrato.

3.4.1.2. Elementos Naturales

En esta clasificación de los elemento podemos mencionar, que corresponden la cláusula en las partes pactan ejercer la opción de compra anticipadamente, en la cual las partes de común acuerdo, pactan las condiciones en las cuales se llevara a cabo, como se realizara este trámite etc. El legislador le ha dado la potestad a los sujetos contractuales para que sean ellos quienes concreten como materializar la opción de compra antes del cumplimiento del plazo, solo cuando el locatario así lo decida.

Respecto a los elementos naturales del contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, corresponde básicamente los mismos que encontramos en el contrato de leasing en general, tales como; la calidad del sujeto especializado, es decir la entidad de financiamiento comercial y las entidades bancarias quienes son las únicas autorizadas para practicar estas actividades mercantiles, igualmente la responsabilidad de mantenimiento del inmueble en buen estado, tomar el seguro de siniestro y responsabilidad civil, además el seguro contra incendio y terremoto, a diferencia del leasing en general, en este contrata es posible que las partes acuerdan y discutan el sistema de amortización mas conveniente, la elección del contrato en moneda legal o a unidades de valor real, el plazo de duración del contrato, las cláusulas de pago de cuotas extraordinarias o parciales, el cual es a libertad del usuario decidir a que abono va a computarse, las formulas de pago, la clase de canon que se desea tomar, y por supuesto el bien inmueble que se desea tomar en leasing.

3.4.1.3. Elementos Accidentales

Optar por un seguro de vida que garantice la obligación por parte del locatario, es una opción que este tiene, mas no una obligación o un requisito tácito del contrato, el decreto ha sido claro al decir “opcionalmente, el locatario podrá tomar un seguro de vida en los términos que se acuerde con las autoridades autorizadas”²¹⁹

Este contrato de vida que es optativo, es igualmente uno de los otros contratos de seguros que son posibles y de libertad del locatario tomar si así lo desea mas no son esenciales ni de la naturaleza.

Vale la pena aclarar que según la sentencia de la Corte Constitucional, se considero que en virtud a que la adquisición de vivienda comporta un elemento constitucional de adquisición a de una vivienda

²¹⁹ Decreto 777 de 2003. Artículo 8

digna, estos contratos tienen un estricto control de la ley, altamente intervenidos, además de que los sujetos como la entidad autorizada son sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia ²²⁰

En virtud a que este contrato de leasing para la adquisición de vivienda, tiene una practica financiera especial por el fin que cumple, es parte de sus elementos accidentales, la posibilidad de prorrogar el contrato, el subarriendo, la cesión del contrato o la cesión de la opción de compra, son estos elementos los que sobresalen y que de una forma, se explico en el capitulo pasado del leasing en general, que aunque son contratos diferentes en virtud al bien y al fin del contrato, su mecánica de financiación es básicamente la misma, razón por la cual considero imperioso repetir lo estudiado en el capitulo anterior.

Sin embargo, el pactar cláusula de terminación anticipada del contrato por causa de incumplimiento debe ser acordada explícitamente por las partes dentro del contrato, pues las consecuencias que acarrea son altamente costosas para el usuario, de la misma forma, dar por terminado el contrato por cancelación anticipada se debe dejar claramente estipulada si da lugar, pues el contrato en virtud de ser de ejecución sucesiva su función económica se cumple con el transcurso del tiempo, en este caso particular es posible que se pacten igualmente penalizaciones por terminación anormal del contrato en ambos casos.

3.4.2. CARACTERISTICAS

Respecto a este aspecto, el contrato de leasing habitacional, posee en su practica las mismas características del contrato de leasing en general, lo cual entrar a describirlas seria repetir lo estudiado en el capitulo anterior respecto al leasing en general, pues es factible que considerar que el contrato de leasing habitacional es una modalidad especializada del contrato de leasing en general, sin que esto de pie a afirmar que son contratos idénticos.

El contrato de leasing inmobiliario está caracterizado, generalmente por:

²²⁰ Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett

- La empresa leasing entrega el bien inmueble a título de leasing, financiando su uso y goce a cambio de unas cuotas periódicas
- El usuario adquiere la tenencia del bien inmueble con el fin de usarla, gozarla y disfrutarla, con la posibilidad de adquirirla.
- El contrato se pacta por un plazo mínimo de 10 años;
- Las cuotas deberán ser expresadas en el contrato, diferenciando la partes que correspondan a la recuperación del costo del bien por la entidad arrendadora -excluido el valor de la opción de compra- y la carga financiera exigida por la misma, sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda en cada caso
- El importe anual de la parte de las cuotas correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer invariable o bien tener un carácter creciente a lo largo del periodo contractual, previamente acordado por las partes
- El inmueble está a nombre de la empresa de leasing hasta que se cancele la última cuota mensual más la opción de compra (valor previamente pactado).
- Deberá incluir una opción de compra a favor del cliente al finalizar el plazo de arrendamiento, con un precio que no es equivalente al valor comercial del inmueble, pues esta cuantía se ha financiado durante el contrato, con una amortización justa y un interés que representa la utilidad para la empresa leasing
- La principal obligación del arrendatario o usuario es cancelar las cuotas periódicas y demás gastos dando al bien el uso pactado y manteniéndolo en buen estado
- Desde el punto de vista jurídico formal, el pacto debe formalizarse en escritura pública, siendo igualmente en ese instrumento en el que debe concretarse un eventual ejercicio del derecho de opción de compra a la finalización del periodo de duración del arrendamiento financiero. La operación es inscribible en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, resulta válido aportar a nuestra particular reflexión, la más importante característica de este instituto jurídico que descansa sobre su interrelación con otras modalidades contractuales que no pueden ser desechadas del todo en el estudio que sobre este contrato efectuamos.

En este sentido, hemos iniciado nuestra investigación analizando los contratos de compraventa de inmuebles para vivienda urbana, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y finalmente el contrato de leasing.

Así pues, el contrato de leasing habitacional, cuenta con características propias, toda vez que no puede ser enmarcado dentro de ninguna de la tres figuras contractuales mencionadas, a todas luces no encuadra perfectamente en ninguna de las tres, razón de lo mas que soporta la necesidad de atribuirle una denominación diversa como el legislador lo hizo en efecto.

Las características especiales que comparte esta modalidad contractual con las otras figuras, son:

3.4.2.1. Características comunes entre el contrato de leasing habitacional y el contrato de arrendamiento de vivienda urbana

Conserva no pocas características, por cuanto quien habita el inmueble esta obligado a mantenerlo en buenas condiciones para su propietario, en tanto que no adquiere la calidad de amo y dueño hasta cuando termine de cancelar la totalidad e su valor. Mientras tanto, es tratado desde el punto de vista legal, como un arrendatario con la salvedad de que ha de incurrir en algunos gastos relacionados con el aseguramiento del bien, mejoras y seguros.

Las obligaciones y derechos que adquiere quien accede a este contrato, son en grado sumo semejantes a las que pesan sobre el arrendatario de un bien inmueble, conservando el pago de cánones mensuales con algunas variaciones en el precio y en lo que este incluye, reglamentadas de forma especial para el leasing habitacional para la adquisición de vivienda.

La naturaleza del bien, bien inmueble para la vivienda, el modo de entrega del bien a través de la tradición, el usuario del leasing y el arrendatario usan y gozan el bien, ambos son contratos tracto sucesivos, la propiedad del bien esta en manos de la entidad financiera o el arrendador, que en caso del arrendamiento en algunos casos no es siempre el propietario del bien sino media agencia de intermediación.

3.4.2.2. Características comunes entre el contrato de leasing habitacional y el contrato de compraventa de bienes inmuebles

Las similitudes entre estos contratos son varias, debido a que una vez se cumpla el plazo o la condición suspensiva de la opción de compra, que se traduce en el pago de todos los cánones que sumados dan el valor total del bien, mas el precio de opción de compra, después de este momento se realiza la tradición formal del bien inmueble, momento contractual que podría asimilarse a la compraventa de inmueble a plazo. Pero la gran diferencia entre estas dos figuras contractuales, consiste en la existencia del plazo o condición y que una vez suscrito el contrato de leasing habitacional previamente, la compra venta es una simple posibilidad o opción que reposa en cabeza del tomador del leasing, mas no una obligación por parte de el. Así que el locatario del leasing habitacional, solo recibirá la propiedad del bien, cuando opta por la opción de compra, cancela el valor residual y posteriormente se realizaran las formalidades respectivas, que en ambos casos podrían ser equivalentes, (en cuanto al precio de la opción de compra y precio de la compraventa, son diferentes, pero ambos cumplen en fin de a través del mismo se otorga la propiedad del inmueble), a diferencia del titulo, lo cual en la una es la compraventa y en la otra el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, en los dos casos se eleva a escritura publica el titulo correspondiente.

3.4.2.3. Características comunes entre el contrato de leasing habitacional y el contrato de leasing financiero

Frente a este contrato mercantil, se incluyen también varias connotaciones, iniciando por la relación comercial con la entidad que ofrece el servicio, además de la relación contractual se traduce en un

arrendamiento financiero que incluye el pago del uso y goce del bien, como del pago a capital del bien, mas los gastos financieros e intereses y finalmente la compra venta final.

Visto el contrato desde esta perspectiva, pareciera ser un sofisma de distracción, pero la gran diferencia entre una y otra radica en el objeto, pues en el leasing financiero encontramos que este bien es un bien de capital, de producción industrial, genera un usufructo al tenedor que se traduce en ganancias o utilidades, pues es adquirido con un fin económico, mientras que el leasing habitacional trata de un bien inmueble destinado especialmente para satisfacer una necesidad básica y elemental de la familia, la cual es la vivienda o uso de habitación.

El legislador le ha donado unas cualidades y beneficios especiales al leasing habitacional en razón al fuerte componente social que lo acompaña, al contrario del contrato de leasing financiero, que es un contrato completamente de intereses económicos, financieros y mercantiles.

Otro elemento especial, es que el leasing habitacional esta enfocado bajo la vivienda digna y reposan en políticas habitacionales, acuerdos internacionales con la ONU, principios constitucionales entre otros, mientras que el leasing en general, comporta un carácter mercantil rigiéndose por las leyes del código de comercio y el sistema financiero.

La formalidad inminente y obligatoria que el legislador dispuso para el leasing habitación a través de un contrato escrito, es parte de la intención clara de mantener un orden social, en virtual del estado social de derecho y finalmente el deber de información para la protección de los usuarios, en el articulo 12 del decreto 777 de 2003 y 1787 del mismo año, son obligaciones especiales y realmente de sumo cuidado que deben cumplir la entidad autorizada en virtud de la naturaleza del contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda. Estos son los principales rasgos especiales para diferenciar entre uno y otro contrato de leasing.

3.4.3. LAS PARTES Y SUS OBLIGACIONES

Nuestra legislación ha denominado a las partes una como locatario, quien adquiere el bien a título de leasing con la posibilidad de obtener su propiedad a futuro ejerciendo una opción de compra y la otra como la entidad autorizada, pues como hemos estudiado en el capítulo de leasing en general, solo puede ser realizado por entidades que estén previamente autorizadas por la ley, vigiladas por la superintendencia bancaria y cumpliendo las obligaciones y requisitos que estas instituciones le imponen.

Para el estudio particular, denominaremos como empresa leasing o compañía de leasing, a la institución financiera que la ley a facultado para realizar este contrato y el particular o persona natural que se obliga con la institución financiera a pagar un canon por un bien dado en arrendamiento financiero, como el usuario.

Como es sabido, el legislador le impuso la obligación a la empresa leasing de ser propietaria del bien inmueble objeto del contrato, durante su ejecución o bien este puede compartir su propiedad con otras compañías de leasing, en el caso del leasing sindicado, entiéndase que el proveedor o tercero que suministra el bien inmueble, no es parte dentro de la obligación contractual por disposición directa y clara del legislador, así sea frente a el quien deba repetirse en caso de fallas o daños en la esencia del inmueble. Así que la teoría doctrinal que afirma que era una relación tripartita en virtud a los intereses que le acompañaban, es rechazada de plano por nuestra ley, entonces, estudiaremos las partes del contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda que se concretan en; Institución financiera, empresa leasing o compañía de leasing y el locatario, usuario o arrendatario habitacional.

El usuario o locatario habitacional, es una persona natural, que busca satisfacer su necesidad de vivienda y habitación, bien sea para el mismo o para el y su familia, el cual es un derecho y un deber constitucional, proporcionar unas condiciones de vivienda digna que “implica, entonces una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación eficiente planificada de los servicios públicos domiciliarios servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad

de una persona”²²¹ Así definió la Corte Constitucional cuando la Carga Magna contempla el derecho y deber de una vivienda digna.

Respecto a la entidad financiera con quien el usuario contrata y le proporciona el bien inmueble para su uso de habitación, recordemos que cuando abordamos este tema en el capítulo del contrato de leasing en general, hicimos una breve reseña sobre la aparición de estas instituciones financieras en nuestro sistema mercantil, ahora bien también les definimos claramente, de modo que no sería un aporte transcribir lo que se ha estudiado en el capítulo pasado. Sin embargo vale la pena aclarar que en el contrato de leasing habitacional con adquisición de vivienda, el legislador creo un nuevo mecanismo para adquirir vivienda, una nueva opción además del crédito tradicional hipotecario, mas no una institución especializada para que practique esta actividad comercial, de manera que la ley 795 de 2003, en su artículo 1 y el Decreto 777 de 2003, se autorizo a los establecimientos bancarios para realizar operaciones de leasing habitacional al igual que también podrá ser realizado por las compañías de financiamiento comercial.

Con estas aclaraciones hechas, comenzamos a delimitar las obligaciones de las partes.

3.4.3.1. Obligaciones de la Compañía de Financiamiento Comercial autorizada

Las principales obligaciones de la empresa autorizada para ofrecer y contratar con las personas naturales, el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, son:

3.4.3.1.1. Adquirir en pleno derecho la propiedad del inmueble objeto del contrato

Cuando analizamos el bien objeto del contrato, mencionamos como requisitos del bien ser de plena propiedad de la empresa de leasing, en virtud del decreto 1787 de 2003.

²²¹ Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett

A simple vista, pareciera que la empresa de leasing debe hacer una inversión en un activo fijo, que ha sido seleccionado por capricho del usuario, debiendo desprenderse de su activo líquido para transformarlo en un inmueble y celebrar el contrato de leasing.

Pero no es esta situación tan compleja como a simple vista se percibe, pues hay que tener en cuenta que las entidades bancarias han recibido miles de inmuebles en dación de pago causado por el sistema UPAC y UVR, entonces, como también es sabido la ley de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, obedece a la crisis bancaria y a la crisis habitacional, consecuentemente son estos bienes los que ofrece la entidad bancaria para celebrar el contrato en cuestión.

Igualmente, este contrato busca promover otra forma de adquisición de inmueble al ciudadano, es cierto que también se le otorga prioridad de re-habitar el inmueble (que entrego a la empresa de leasing como parte de pago) al antiguo deudor moroso del sistema hipotecario colombiano, que dejó sin techo a millones de colombianos, obligados por las presiones financieras a entregar el inmueble como parte de pago y teniendo en algunas oportunidades que cancelar un valor restante, cuando el crédito adquirido había sido máximo del 70% del valor del inmueble, irónicamente el 100% del valor del inmueble no respondía a los intereses y al préstamo inicial. Una verdadera paradoja en el sistema financiero.

3.4.3.1.2. Entregar el inmueble al usuario a título de leasing habitacional

La empresa de leasing no solo debe hacer la entrega material y formal del bien sino que igualmente esta obligación implica el financiar su uso y goce mientras el contrato se prolongue en el tiempo.

Esta financiación del uso y goce del bien es a su vez la causa de la empresa de leasing cuando firma el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda. Esto consiste en ligarse al plazo, los intereses, el valor de las cuotas que se pactaron desde su inicio con las posibles variaciones. Se refiere esta obligación a respetar, mantener y ejecutar todas las condiciones y

parámetros jurídicos que la partes acordaron y que las instituciones han impuesto para la financiación de uso y goce de inmuebles con opción de compra

Pero en lo que respecta a la entrega del inmueble, este se hace en virtud del contrato escrito de leasing habitacional, suscrito por las partes, en la cual la empresa leasing le cede la tenencia del bien al usuario para que este la use como habitación o vivienda, durante el tiempo estipulado.

Tratándose de un bien inmueble, esta entrega es simbólica, tradicionalmente se hace entrega de las llaves, pues materialmente no se puede cargar y trasladar a un lugar determinado, por su naturaleza de inmueble, se entiende materializada la entrega suscrito el contrato y finalmente el usuario puede iniciar a habitar el inmueble.

El banco deberá entregar el bien al día en sus obligaciones tributarias para evitar perturbaciones de orden público, pues el decreto 777 impone “los establecimientos bancarios deberán entregar el inmueble al usuario totalmente al día en materia de impuestos, servicios públicos y administración. A partir de la fecha de celebración del contrato de leasing”²²²

3.4.3.1.3. Permitir y Procurar el uso y goce pacífico y no interrumpido del bien objeto de leasing

Mantener el bien en estado que permita su uso y goce pacifico, que sea posible su uso natural y regular, es decir el de habitación o vivienda, “La vivienda digna implica dos elementos; condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda”²²³ este precepto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fue ratificado por el Estado Colombiano.

Esta obligación, en general se rige por las mismas reglas del arrendamiento para vivienda urbana, pero tiene ciertos limites tales como las mejoras necesarias, las perturbaciones ante terceros, los

²²² Decreto 777 de 2003. Artículo 11 literal b.

defectos del bien, pues estos aspectos son determinantes por la naturaleza del contrato de leasing habitacional para adquisición de vivienda.

La empresa de leasing no es responsable de los daños o defectos que el bien tenga, pues es claro que al elegir el bien el usuario de leasing este, conoce que desea y como lo desea, pero esta elección no es hecha por una persona profesional de la materia sino por un ciudadano normal y corriente que simplemente tiene el animo de ser propietario en el futuro de ese bien inmueble que por su estructura física, le interesa. Entonces frente a este detalle especial, en caso de vicios, daños o errores, la empresa leasing le ha cedido sin responsabilidad a favor del usuario todos sus derechos, acciones y privilegios que detente en calidad de propietario del bien inmueble en cuestión.

De esta manera, no solo en caso de daños, vicios etc. procede estos derechos trasladados al usuario en virtud del contrato de leasing habitacional para adquisición de vivienda, sino también en la hipótesis de que terceros pretendan perturbar el pacífico uso y goce del bien. Las acciones no son especiales, son las mismas acciones civiles que se rigen en el contrato de compraventa y son exigidas por el comprador al vendedor.

3.4.3.1.4. Transferir la propiedad del inmueble si el usuario hace uso de la opción de compra

Esta obligación es igual en el contrato de leasing en general, en cuyo caso el contrato escrito es elevado a escritura pública y posteriormente se realizan los registros correspondientes en virtud a la naturaleza jurídica del bien objeto del contrato, es decir ante la oficina de instrumentos públicos, se inscribe la transferencia del bien inmueble al nuevo propietario. Siempre y cuando se haya cancelado el valor de ejercicio de la opción de compra²²⁴

Esta transferencia de propiedad del inmueble al usuario, se realiza según las leyes de la compraventa de bienes inmuebles, pero a título de leasing habitacional.

²²³ Resolución 42/191 de 11 de diciembre de 1987. Asamblea General de las Naciones Unidas.

3.4.3.1.5. Informar a los usuarios las condiciones de sus operaciones de leasing

El decreto 1787 de 2003 dice en su artículo 12 “Deber de información para la protección de los usuarios. Las entidades autorizadas deberán suministrar anualmente, durante el primer mes de cada año calendario, información suficiente y de fácil comprensión para los locatarios respecto de las condiciones de sus operaciones de leasing habitacional, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria de acuerdo con sus facultades legales.

En todo caso, la información que se suministre debe incluir como mínimo lo siguiente:

- a) Una proyección de los cánones a pagar en el año que comienza. Dicha proyección se acompañara de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla y en ella se indicara de manera expresa, que los cambios en tales supuestos, implicaran necesariamente modificaciones en los montos expresados
- b) La discriminación de los montos imputados al precio del bien, el costo financiero y los seguros pagados por el locatario en el año inmediatamente anterior”²²⁵

Toda vez que el fin de este contrato es el uso y goce del bien con la posibilidad de adquirir su propiedad, satisfaciendo y obedeciendo a una necesidad habitacional de la sociedad colombiana, el gobierno nacional ha impuesto y adoptado medidas consideradas como necesarias y vigilancia “en las practicas comerciales de los Establecimientos Bancarios en el ámbito de adquisición de vivienda, con los requerimientos para la satisfacción de las necesidades básicas y aquellas requeridas para una vida digna de las personas y sus familias... se busca con todas estas medidas adoptadas evitar que se presenten situaciones de abuso de la posición dominante”.²²⁶

²²⁴ Decreto 1787 de 2003. Artículo 13.

²²⁵ Decreto 1787 de 2003. Artículo 12.

²²⁶ Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett

Es buena la intención del legislador, con el fin de corregir los posibles abusos de la parte dominante, e igualmente que de a conocer la proyección real de la obligación crediticia del usuario de tal forma, el podrá medir sus gastos o proponer soluciones.

La Honorable Corte Constitucional, respecto a los abusos de la parte dominante, agregó a lo transcrito anteriormente “la Corte no puede pasar por alto que la interdicción de formas de arbitrariedad privada que, por el presente caso, se manifiestan bajo la forma del abuso de posición dominante, no implica prohibición alguna a que la financiación de vivienda, sea a largo o a corto plazo, sea su propiedad o alguna otra forma de tenencia, etc., pueda ser fuente de ganancia patrimonial. Se prohíbe que tal lucro resulte del abuso de la posición dominante; que sea resuelto de imponer condiciones excesivamente onerosas a las partes de financiación de las distintas formas de tenencia de vivienda”²²⁷

Este último aparte que la corte hace en consideración no es claro, pues simplemente menciona condiciones excesivamente onerosas, a las partes de financiación, pero no aclara respecto a este termino de “excesivo” abriendo una puerta a confusiones entre el sistema financiero.

Finalmente, esta obligación de la empresa leasing, debe cumplirse según los mínimos requisitos que debe contener estos documentos de información al usuario, que hemos mencionado, además de hacerse en la oportunidad prevista legalmente, durante el primer mes del año calendario.

3.4.3.2. Obligaciones del usuario del contrato de leasing habitacional de adquisición de vivienda

²²⁷ Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett

Vale la pena aclarar que el legislador le ha dado prioridad al usuario antiguo deudor del sistema UVR o UPAC, para contratar frente las entidades autorizadas, siempre y cuando no se haya vendido el inmueble o exista una promesa de compra.

3.4.3.2.1. Pagar la cuota periódica

En virtud a que todos los contratos mercantiles son de naturaleza onerosa, esta es la obligación principal del usuario del contrato de leasing habitacional para adquisición de vivienda, pues es la contraprestación al derecho de uso y goce del bien inmueble además de los derechos, privilegios que posan en su poder en razón al contrato de leasing, aunque no sea dueño del bien, puede exigir a terceros judicial o extrajudicialmente el respeto a su uso y goce pacifico del inmueble.

El monto a pagar, debe hacerlo en la oportunidad y de manera pactada por las partes a favor de la empresa autorizada con quien se contrato. En caso de que incumpla a esta obligación la empresa leasing tiene derecho a exigir judicial o extrajudicialmente su pago de las cuotas causadas y no cobradas y los intereses moratorios.

En la práctica el usuario recibe mensualmente un desprendible de pago en el que se discrimina el valor a pagar a causa de capital, de intereses, de amortización, etc., los datos que enumeramos al momento de hablar del canon como elemento esencial. Este extracto de pago que recibe periódicamente, bien sea mensual, bimensual, trimestral dependiendo como las partes lo hayan acordado, sirve de documento suficiente para que se acerque a la misma entidad bancaria que emitió o a cualquiera de sus filiales y realice el pago, sirviendo este mismo extracto con un sello impuesto por la caja de banco de cancelado, como prueba suficiente de pago de la obligación

3.4.3.2.2. Comunicar su decisión respecto a la opción de compra

Esta comunicación la debe hacer el usuario en las mismas condiciones que en el leasing en general, las consecuencias son aquellas que se conocen igualmente para este contrato de leasing en

general, la cancelación del valor del ejercicio de opción de compra, que equivale a un pago no mayor del 30% del valor comercial del inmueble, según circular externa de la superintendencia bancaria. (CE 038 de 2004).

3.4.3.2.3. Restituir el bien objeto de leasing si no ejerce la opción de compra y otras causas

Esta restitución en virtud a las condiciones pactadas, es extrajudicialmente, si es voluntaria por parte del usuario a la empresa de leasing, pero si en llegado caso el usuario se resiste, la compañía de leasing iniciara un proceso de restitución de tenencia contra el usuario conllevado todas las consecuencias judiciales del caso.

Este proceso de restitución de tenencia, es un proceso abreviado impulsado por la empresa de leasing, que busca la entrega del bien inmueble por parte del usuario del mismo o locatario financiero del contrato suscrito de leasing habitacional para la adquisición de vivienda.

Esta restitución se traduce, en entregar las llaves del bien inmueble a la entidad, desalojarlo de los bienes muebles de propiedad del usuario, poniendo a disposición este inmueble a futuros usuarios o propietario.

Aunque pareciera obvio, la experiencia nos ha mostrado que es deber aclarar, que el inmueble se debe dejar limpio y en óptimas condiciones para ser habitado.

3.4.3.2.4. Conservar en buen estado el bien

El usuario no debe responder por los daños o deterioros causados por el uso normal y natural del inmueble, pero es deber del mismo conservar el inmueble en muy buen estado, de tal forma que procure entregarlo en las mismas condiciones en que lo ha recibido. Así que la ley ha impuesto esta carga al usuario de responder por cualquier deterioro consecuencia de mal trato, descuido o falta de mantenimiento adecuado.

Para garantizar esta obligación, el usuario se obliga a adquirir póliza de seguro contra daños, deterioro parcial o total, destrucción total y parcial del inmueble, así garantiza el buen estado del inmueble por causas ajenas a su voluntad.

De modo que dentro de esta obligación se encuentra el deber de abonar los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación y uso, en el cual se incluye el costo de las pólizas de seguros, salvo convención en contrario. Este tema especial de garantía lo estudiaremos con atención mas adelante.

3.4.3.2.5. Efectuar todas las reparaciones y/o mejoras necesarias

Respecto a las mejoras necesarias, la empresa de leasing no asume esta obligación por daños o perjuicios en el bien por razón de su uso y goce, esta mejoras las realizara el usuario del bien, en caso de que la causa de esa mejora sea una falla o un error de la construcción considerable, este puede reclamar al constructor en virtud de los poderes que la empresa leasing le traslado, pues este usuario no es un simple tenedor que se limita a usar y gozar el bien, este usuario es titular de derechos frente a terceros con el fin de procurar el buen estado y goce pacifico del inmueble. Sin embargo, el hecho que realice actos positivos de ejercicio de acciones propias de quien es dueño del inmueble, no quiere decir que es un poseedor con animo de señor y dueño, debido a que existe una autorización expresa por el propietario, la empresa leasing al usuario, contenida en la naturaleza misma del contrato.

A su vez el usuario así tenga la intención de hacerse propietario del inmueble una vez finiquitado el contrato, debe abstenerse de realizar mejoras que no sean las necesarias, pues estas no serán reconocidas judicial ni extrajudicialmente por la empresa leasing, siempre que esta no la haya autorizado con anterioridad a la ejecución de las mejoras no necesarias. Estas circunstancias se rigen por el contrato de arrendamiento, pero es claro si en el evento que el usuario las realizara corre

por su propia cuenta y riesgo, pero esas mejoras hechas no incrementan el valor de la opción de compra, pactada desde su inicio.

3.4.4. GARANTIAS

Considero que la ley le ha dado herramientas diferentes a la empresa autorizada con el fin de proteger su patrimonio y el bien que ha dado en leasing. De esta manera, me permito mencionar.

La principal garantía que tiene la empresa autorizada es mantener el derecho de dominio o titularidad jurídica sobre el bien, derecho que puede hacer valer en cualquier momento, si el usuario no cumple con sus obligaciones o por su interés propio. Conservar el bien en su haber, recibir una renta mensual equivalente al costo de uso y goce mas un valor adicional de adquisición y sus ganancias como empresa financiera, le permite estar en una posición tranquila.

Pero además de esta garantía propia del contrato, la ley ha impuesto constituir póliza de seguro necesaria para asegurar el buen estado del bien “el contrato de leasing habitacional tendrá como mínimo los siguientes seguros:

- a) seguro contra incendio y terremoto que ampare el bien inmueble
- b) opcionalmente el locatario podrá tomar un seguro de vida en 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 su cuenta (del locatario)²²⁸.

En referencia a la norma transcrita es entonces obligatorio el seguro contra incendio y terremoto a cargo del usuario además de darle la idea al locatario para que tome un seguro de vida. El fin de estas pólizas es amparar el bien contra el posible riesgo de daño o destrucción total o parcial por

actos involuntarios bien sea de la naturaleza o de la seguridad nacional, pues como sabemos en nuestro país, el riesgo de atentados bien sea terroristas o de delincuencia común, no deja de ser un hecho extraordinario, pero la posibilidad que ocurra siempre es latente.

La cláusula de terminación anticipada del contrato por causa de incumplimiento pactada en el contrato explícitamente por las partes, es una garantía para la compañía autorizada, pues esta previendo un posible perjuicio en su patrimonio por un incumplimiento que podrá en riesgo la financiación y objeto del contrato, decide darlo por terminado unilateralmente con derecho a pago de los cánones causados y atrasados, además de perjuicios si hay lugar e intereses por mora.

Si el usuario se encontrare en estado de iliquidez o insolvencia evidente y notoria que lo lleva a someterse a un proceso de liquidación obligatoria o de reestructuración, es decir a un proceso concursal, el bien dado en leasing, es protegido y no puede ser objeto de las pretensiones de terceros poniendo en peligro los derechos y patrimonio de la empresa leasing sobre el inmueble. Basta con mostrar el contrato de leasing para hacer valer su derecho de propietario del bien.

Pero si la compañía de leasing busca dentro del proceso concursal exigir el dinero adeudado por causa del contrato de leasing habitacional para adquisición de vivienda, este debe hacer valer sus derechos dentro del proceso como un acreedor más si opta por continuar el contrato de leasing o simplemente darlo por terminado y exigir la restitución del bien inmediatamente

3.4.5. REQUISITOS

3.4.5.1. Requisitos de validez

Cuando hacemos referencia a esta clase de requisitos, eminentemente nos trasladamos al artículo 1502 del código civil, es decir; capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito. Respecto a estos, hemos anteriormente hablado de la capacidad; en la que las partes intervinientes en el contrato tiene

²²⁸ Decreto 777 de 2003. artículo 8. Decreto 1787 de 2003, artículo 10

que ser un sujeto calificado, autorizado por la Superbancaria para poder realizar estas operaciones financieras y una persona natural, que representa una familia.

El consentimiento se materializa al momento de firmar el contrato, libremente las partes por este medio escrito acuerdan que tienen la voluntad de celebrar este acto jurídico, Mientras que el objeto y la causa lícita, hace referencia a permitir el uso y goce de un bien inmueble que debe ser destinado a la vivienda familiar, a cambio de un pago de cuotas periódicas o cánones de leasing durante la vigencia del contrato. Esto en rasgos generales.

La ausencia de estos requisitos esenciales, conlleva a la nulidad absoluta del contrato, por vicios bien de consentimiento, capacidad o causa u objeto lícito.

3.4.5.1.1. Capacidad: En el primer capítulo de la investigación, definimos que es la capacidad, la cual se traduce en capacidad de goce y de ejercicio, cualidades que permiten a los sujetos ser titulares de derechos y obligaciones validamente sin necesidad de autorizaciones judiciales o de tutores o curadores. Nuestro legislador ha presumido que todas las personas son capaces de obligarse y de ser titulares de derechos en virtud a la edad, es decir, al cumplir la mayoría de edad consagrada (18 años), todas las personas se presumen capaces, esta presunción de derecho se aplica y rige frente a la persona tomadora del leasing habitacional, la cual representa bien a ella misma, o una familia, un hogar. Respecto a la compañía de leasing; del mismo modo como lo mencione, debe ser autorizada por la superintendencia bancaria, es un ente jurídico financiero especializado para realizar estas actividades mercantiles, bajo la vigilancia de la superintendencia bancaria.

Solo estas compañías son quienes puede ser dadores del leasing habitacional, tal como se consagra en el artículo 1 del Decreto número 1787 de 200: “De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 795 de 2003... los establecimientos bancarios se encuentran facultados para realizar operaciones de leasing habitacional destinadas a la adquisición de vivienda en la modalidad de leasing habitacional destinado a la vivienda familiar y en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. De igual forma, de conformidad con el régimen general, estas operaciones

de leasing también podrán ser realizadas por las compañías de financiamiento comercial.”²²⁹ A continuación el legislador hace una aclaración en su párrafo de esta manera “cada vez que en el presente decreto se haga referencia a “entidades autorizadas” se entenderá que se refiere a los establecimientos bancarios y a las compañías de financiamiento comercial, entidades autorizadas para la realización de operaciones de leasing habitacional en los términos del presente contrato”²³⁰.

En términos, la capacidad legal, para realizar el contrato de leasing habitacional, hace mención a las entidades bancarias y a las compañías de financiamiento comercial autorizadas para realizar el contrato de leasing habitacional destinado para la vivienda y las personas naturales capaces en ejercicio y goce.

Si la compañía de financiamiento comercial o la entidad bancaria carece de autorización el contrato será nulo absoluto, si la persona que se obliga es incapaz relativo el contrato será nulo relativamente, con la opción de sanearse, mientras que si la persona natural que se beneficia del bien de leasing habitacional es incapaz absoluto el contrato adolece de nulidad absoluta insubsanable.

3.4.5.1.2. Consentimiento: Esta exigencia, se materializa cuando dos o más sujetos contractuales acuerdan libremente y aceptan obligarse correlativamente, respecto a determinados aspectos, en forma particular, en el contrato de leasing habitacional, sería el acuerdo libre de las partes; de la entidad bancaria o compañía de financiamiento comercial y la persona natural capaz, cuando aceptan y se obligan respecto al canon de leasing habitacional, el precio de opción de compra y el bien inmueble destinado a la vivienda urbana, cuando las partes han definido estos tres aspectos del contrato y manifiestan su clara y libre intención de celebrar el contrato, el cual debe constar por escrito, en ese momento que los sujetos firman el mismo, se entenderá que el consentimiento es libre de vicios y por tal razón produce efectos jurídicos.

De esta forma como nuestra ley, presume que si bien en principio cuando las partes firman el contrato, este documento escrito representa la libre voluntad de las partes en obligarse

²²⁹ Decreto 1787 de 2004. Artículo 1.

²³⁰ Decreto 1787 de 2004. Artículo 1, Párrafo.

correlativamente, así que en caso contrario, es decir el caso que existan vicios de consentimiento tales como; error, fuerza o dolo, estos deben ser probados ante los estrados judiciales. Si estos son acreditados ciertos y validos, el contrato habrá nacido viciado, en consecuencia es un contrato nulo relativo o absoluto.

Si el vicio del consentimiento es en razón a la fuerza o dolo estos son subsanables, al igual que el error que es susceptible de ser saneado por la persona que ha errado, al manifestar que este error ha desaparecido pero sin embargo desea continuar el contrato, esto si es error en cuanto a la materia del contrato, frente a las obligaciones o derechos. Si el error es frente al objeto, es decir si se pensaba que el bien inmueble destinado a la vivienda urbana era de tales características especiales que permitían el uso o habitación pacifico y no cumple con estas cualidades, este error es valido como causal de nulidad, solo si la entidad financiera o bancaria ha ocultado estas falencias intencionalmente provocando e induciendo al error al sujeto contractual, pero si este simplemente por gustos o caprichos dice que el bien no es el que pensaba, solo si es inhabitable es viable esta causa, con derecho a indemnización por perjuicios causados, bajo otras circunstancias no procede la nulidad por error.

3.4.5.1.3. Objeto y Causa licita: Estos dos requerimientos van ensamblados, pues el uno conlleva al otro. El primero se refiere a permitir el uso y goce del bien inmueble destinado para la vivienda o habitación a cambio de un pago periódico en dinero mientras dure el contrato.

No puedo pasar por alto la causa de las partes, si bien es cierto que obedece a satisfacer una necesidad básica de vivienda y habitación para uno de los sujetos, esta causa que obedece a una necesidad fundamental básica en el desarrollo de los humanos, esta misma se ve contrarestanda por el fin que persigue la otra parte, la cual es netamente lucrativa, es decir recibir una utilidad económica al permitir este uso y goce. Esta utilidad no debe traspasar los limites de la inflación, ni la usura, aunque la corte simplemente dijo que al ser un contrato de financiación, las utilidades son permitidas mientras no sean excesivas, sin aclarar este termino "excesivo".

Me pregunto, es equilibrado manipular una necesidad fundamental y un derecho de la misma categoría con un fin lucrativo y netamente financiero? No me atrevo a dar una respuesta al respecto, pues el objeto de la investigación es jurídico, pero, sin embargo, deseo plasmar mi inquietud.

Hay que recordar que la causa debe ser lícita, debe ser consecuente con la ley y las buenas costumbres, no puede ser contraria al orden público, entonces el derecho fundamental a la vivienda, las convenciones internacionales ratificadas por el gobierno colombiano que compromete ante las demás naciones, a garantizar un lugar digno donde pueden vivir sus coasociados y las leyes que autorizan a realizar actividades financieras con los bienes inmuebles recibidos como dación de pago de aquellos antiguos usuarios del sistema UPAC o UVR, cuando en muchas oportunidades habían cancelado el valor solicitado en el crédito y más, sin que las cuotas se aminoraran ni el crédito disminuyera, siendo estos deudores hipotecarios obligados a entregar su vivienda en dación de pago y perder todo el dinero pagado con la ilusión de tener un día su casa propia. Son pues estos bienes inmuebles de propiedad de las entidades bancarias los autorizados por la ley para realizar el contrato de leasing habitacional para la vivienda urbana.

Esta actividad es legalmente lícita, pues las causas que dieron lugar surgen de un contrato hipotecario que también fue lícitamente celebrado, pero bajo el punto de vista de las buenas costumbres, esto es una causa lícita? Si bien es cierto, las buenas costumbres solo se tienen en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico, cuando no existe legislación al respecto, pero en nuestro caso, han abundado los decretos, leyes y jurisprudencia explicando y justificando los errores y las virtudes del sistema hipotecario colombiano y sus consecuencias. La concepción sobre que es una buena costumbre, también ha evolucionado rápidamente en nuestro medio, por obedecer a actos repetitivos aceptados por la sociedad.

El objeto pues, es en esencia el deber que tiene la compañía de financiamiento comercial o la entidad bancaria a entregar el bien inmueble para vivienda o habitación a título de leasing, financiando su uso y goce, con el deber del sujeto que usa y goza el bien a pagar unas cuotas periódicas que se causaran durante un plazo determinado en el contrato, que contempla de igual forma el derecho que tiene sobre el bien, para ejercer al final de periodo una opción de compra del mismo, el cual le permite la posibilidad de ser señor y dueño del bien, adquiriendo su nuda

propiedad a cambio de un precio pactado desde el principio con la debida indexación que haya lugar, pero que de igual forma obedece a un precio residual en razón al pago periódico de las cuotas, que incluyen un financiamiento del bien, dando lugar a un precio menor del comercial que en suma no puede superar el 30%, pues este se ha pagado paulatinamente durante la ejecución del contrato

La ausencia de causa u objeto lícito provoca la nulidad absoluta e insanable del contrato de leasing habitacional para vivienda urbana o la inexistencia del mismo.

3.4.5.2. Requisitos de existencia

Estas condiciones que debe cumplir el contrato de leasing habitacional para vivienda urbana, se logran confundir o se consumen en los mismos elementos esenciales del contrato que analizamos anteriormente, los cuales se resumen en: cosa, precio y opción de compra. Sin estos el contrato no existe, no nace a la vida jurídica, se entenderá como que nunca ha nacido y por ende es nulo.

De igual forma, enunciaremos las principales condiciones de estos componentes que lo integran, sin olvidar los apuntes hechos cuando abordamos los elementos esenciales del contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda urbana.

3.4.5.2.1. Cosa: el objeto hace referencia a un bien inmueble el cual es destinado a la vivienda urbana, es decir satisface la causa de quien contrato, la necesidad de vivienda o habitación. Pero de igual forma la ley ha dicho que este bien inmueble que es elegido, seleccionado por el sujeto que lo va a usar y gozar, debe ser eminentemente de propiedad de la compañía de financiamiento comercial o la entidad bancaria mientras dure todo el contrato. También el bien debe existir al momento de celebrarse el contrato o simplemente se espera que exista en un momento futuro y determinado y solo cuando el bien exista, el contrato surte sus efectos; es decir sus obligaciones y derechos que lo acompañan.

La cosa, tal como lo he dicho en diversas oportunidades es un bien que viene a satisfacer una necesidad básica, elemental y fundamental en los seres humanos, tener un lugar donde dormir,

alimentarse, protegerse, albergarse; esta es una necesidad instintiva, sin un lugar donde poder establecerse, en forma segura, tranquila y sanitaria, no se puede desarrollar una sociedad.

El derecho fundamental a una vivienda digna es verdaderamente trascendental en el desarrollo de los países. Por tal razón encontramos que los países desarrollados si bien existen los llamados “caravanas”, como en Francia, Suiza, Alemania, Bélgica, Italia etc, esta gente aunque no tiene una casa, con muros, puertas y ventanas, tienen una caravana que se puede desplazar, pero que tiene un lugar seguro donde dormir, cocinar, protegerse del frío, la nieve, la lluvia, el calor etc. Mientras que en nuestra realidad colombiana, encontramos centenares de casas provisionales de cartón, de plástico, de zinc y en algunos casos simplemente una pequeña protección fantástica contra la lluvia, pues los muros no existen y deben vivir bajo un puente, estas condiciones de vivienda son inhumanas, esta falencia en nuestro país, es una de las causas del grave problema de seguridad que padecemos. Si imaginamos que todas estas personas que viven en lugares de alta propensión de erosión, sin acceso al agua, la energía eléctrica, el gas etc. Sin acceso a los mínimos servicios públicos esenciales fundamentales, viviendo en tales condiciones mencionadas, si estas familias pudieran gozar de una pequeña casa, que les protegiera de la lluvia, el sol, el frío, que les donara un albergue donde dormir, desarrollarse y tener su propia vida privada, como sería la realidad colombiana?

No podría atreverme a afirmar que si los desplazados por la violencia, quienes son la mayoría de las personas que han tenido que sacrificar sus tierras para vivir en las condiciones antes descritas, pudieran retornar a su tierra, vivir en su humilde hogar, trabajar su tierra, hacer lo que han aprendido hacer bien, con garantías de seguridad, el contexto colombiano sería diferente, con seguridad. No pretendo decir que la vivienda a todas las personas soluciona el conflicto colombiano, pero si afirmo que alienta a mejorar la calidad de vida de los colombianos, permitiendo de esta manera un desarrollo económico global del país y una conciencia social de seguridad y solidaridad.

Pero, es el contrato de leasing habitacional para la vivienda urbana accesible a quienes más necesitan, a quienes están obligados a vivir en tales condiciones mencionadas? No hay que hacer

una gran reflexión jurídica para saber la respuesta. La simple calidad de las partes indica que este contrato de leasing habitacional esta destinado para aquellas personas que gozan de ingresos económicos medios o medios altos o altos, para poder satisfacer la amortización del canon, la utilidad de la compañía autorizada y por supuesto la financiación del bien.

3.4.5.2.2. Canon de leasing habitacional para vivienda urbana: Este canon es en dinero, en pesos colombianos la cual es la moneda oficial de nuestro país o calculada en unidades de valor real, según como las partes acuerden. Debe ser necesariamente real, proporcional, determinado o determinable. Este precio incluye el costo de uso y goce del bien inmueble dado en vivienda o habitación, la amortización de la financiación del bien y la utilidad y gastos operacionales de la entidad financiera autorizada.

Cuando aborde el tema de elementos esenciales, y mencionamos el precio y canon de arrendamiento describimos claramente las diferentes características que contienen este requisito, así que considero que repetir estos aspectos seria inoficioso.

Pero de igual forma, quiero hacer una pequeña crítica al respecto, este precio es accesible a la masa de colombianos que tienen la fuerte intención de adquirir una vivienda? Si tenemos en cuenta, los ingredientes que lo contienen es claramente evidente que este canon supera el valor de un canon de arrendamiento tradicional, que permite el uso y goce de un inmueble, pero no incluye la financiación de la adquisición del inmueble para un futuro, entonces, teniendo en cuenta la experiencia de los antiguos sistemas hipotecarios de nuestro país, como el fracasado sistema UPAC y el telón que lo prosiguió es decir, el UVR, podemos saber si es realmente este sistema de financiación de vivienda urbana el que permitirá el acceso de la propiedad inmueble, cuando al final nuestro legislador ha dicho que el contrato de estudio se rige por las mismas reglas del sistema hipotecario colombiano por tratarse de financiación para la vivienda, dando unas nuevas reglas de exenciones de impuestos y entre otras, que esperanzas podemos tener nosotros los colombianos para adquirir la vivienda? Es que el sistema hipotecario colombiano puede funcionar dentro del contrato de leasing habitacional para vivienda urbana?

Personalmente considero, que si bien nuestro legislador y el gobierno colombiano tiene la intención de encontrar la solución a este grave problema de vivienda, han plasmado en la política de vivienda, pues esta aporta un crecimiento económico y genera empleo, la vivienda es un factor determinante de desarrollo social y económico, en la medida que disminuye los índices de pobreza y de miseria y reactiva la economía a través de la construcción.

La política de vivienda del gobierno con el fin del fortalecer la infraestructura social dice al respecto, del contrato de leasing habitacional, “el leasing habitacional permitirá la aplicación de un instrumento flexible para la adquisición de vivienda, dado que incorpora varios elementos como la definición de unas cuotas (o canon de arrendamiento dependiendo de la modalidad de leasing utilizada) que ante la imposibilidad de pago por parte del deudor permite retomar el inmueble al mercado inmobiliario de forma relativamente sencilla. También le permitirá a las corporaciones de ahorro y vivienda utilizarlo como alternativa de arreglo para deudores en dificultades y para dar un destino rentable a los bienes recibidos en calidad de dación de pago”²³¹ Es evidente los fines que tiene el gobierno nacional al respecto, pero también es claro que el contrato del que estudiamos es un contrato mercantil, cuyo fin es el ánimo de lucro, es por esto que las entidades financieras como lo dijo la corte constitucional en sentencia, no puede desconocer que estas tienen todo el derecho en razón de su naturaleza a percibir una utilidad económica.

3.4.5.2.3. Opción de compra: Este requisito de existencia, se ha descrito también cuando nos referimos a los elementos esenciales del contrato, los cuales analizamos detenidamente, pues este requisito es el elemento básico que lo diferencia diáfana mente con otros contratos típicos y tradicionales civiles, tales como el contrato de compraventa y de arrendamiento.

La opción de compra tiene una oportunidad específica para ejercerse, la cual es al momento de que termina la vigencia del contrato, es decir el periodo pactado inicialmente en el contrato en el que se

permitía el uso y goce del bien, al cumplirse el término es la persona que ha utilizado y gozado del bien, quien detenta el derecho de decidir si ejerce o no la opción de compra.

En la realidad jurídica Colombia, es que será posible que cuando llegue este momento, si es que es posible que se llegue, el usuario habrá tenido la oportunidad de ahorrar para pagar este valor residual que corresponde la opción de compra?, es realmente entonces este contrato un instrumento jurídico que permitirá la adquisición de vivienda y finalmente cumplir con los fines constitucionales y la política de vivienda del gobierno nacional.

La efectividad del contrato de leasing habitacional, su diseño financiero, mercantil, obedece a una necesidad como lo hemos mencionado, pero es un diseño financiero, de un contrato mercantil, de tal forma, que bajo las circunstancias de nuestro país, el contexto económico, la mayoría de la población no tiene la posibilidad de ahorro, pues los salarios no son lo suficientemente para satisfacer todas las necesidades de las familias, cuando la inflación crece, los impuestos cada vez son más altos y la inseguridad provoca una grave desconfianza en la inversión privada, conllevada una agudización del sistema económico.

3.4.5.3. Requisitos de forma

Por diversas razones que el legislador a tenido en cuenta, tales como; la naturaleza misma del bien objeto de contrato, la seguridad jurídica para las partes por su ingrediente social al satisfacer una necesidad básica, como es la vivienda familiar, se contempla la obligación de elevar el contrato a un documento escrito que igualmente contiene la escritura pública de propiedad del inmueble.

Tal como lo menciono, el decreto 1787 de 2004, en el capítulo II, en su artículo 4°, al consagrar las reglas del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, en su literal j, dice “los contratos de leasing habitacional deberá celebrarse por escrito”²³² de este modo, pues debe constatar por escrito claramente las obligaciones de las partes, los elementos esenciales, sus

²³¹ Política de vivienda del Gobierno Nacional Colombiano 2004. Para el fortalecimiento de la infraestructura social. Cambio para construir la paz

²³² Decreto 1787 de 2004, Capítulo II, artículo 4, literal j.

requisitos y todos los derechos que detentan cada uno de los sujetos contractuales, pero si bien es cierto, en razón a la calidad del bien objeto del contrato, es necesario que exista una escritura publica en la cual se consta la propiedad del bien inmueble y que al momento de ejercer la opción de compra se debe hacer la transferencia de dominio, de tal manera en el mismo decreto mencionado en el artículo 13 dice “los contratos de leasing habitacional no requieren elevarse a escritura publica, solo será necesaria la escritura publica cuando se efectuó la transferencia del dominio del inmueble a título de leasing habitacional, una vez se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor”²³³.

En virtud a los artículos mencionados es claro que es un contrato solemne, el cual requiere que sea celebrado en escrito, además aunque debe ser escrito este no es necesario que se eleve a escritura publica así sea un bien inmueble, pues esta escritura pública como lo hemos dicho sólo debe elevarse en el caso que se ejerza la opción de compra, mientras tanto la escritura publica será elevada como simple solemnidad ante las autoridades de instrumentos públicos, como control, así que el banco o la entidad financiera tendrá la calidad de propietario que consta en la escritura publica, pero sólo esta formalidad es requisito en el desarrollo del contrato cuando se ejerce la opción de compra y se debe hacer la transferencia de dominio.

TABLA 3.3. Requisitos de forma del leasing habitacional.-

DESCRIPCIÓN	El leasing habitacional para la adquisición de vivienda, es un alquiler a medio o largo plazo de bienes inmuebles dedicados para uso y habitación del usuario del contrato, en el que el arrendatario tiene una opción de compra sobre el inmueble.
CLIENTES	Personas naturales con preferencia a los antiguos deudores del sistema hipotecario que entregaron su casa para cancelar el crédito. La superintendencia Bancaria, le dio el nombre de tenedor primario, ²³⁴ y la ley lo llamo locatario ²³⁵ .
CARACTERÍSTICAS DEL BIEN	Es un bien inmueble destinado para vivienda o habitación del locatario, quien lo elige según sus necesidades. El bien debe ser obligatoriamente de propiedad

²³³Decreto 1787 de 2004, Capitulo III, artículo 13

²³⁴ Circular Externa 022 de 2003. Junio 6 de 2003. Superintendencia Bancaria de Colombia

²³⁵ Decreto 777 de 2003. Decreto 1787 de 2004. Ley 795 de 2003.

	de la entidad autorizada mientras dure el contrato.
PLAZO	El plazo mínimo es 10 años
FINANCIACIÓN	El Banco financia el 100% del importe de la inversión, a cambio de unas cuotas periódicas que cancela el locatario por la financiación del uso y goce del inmueble. Recupera a través de las cuotas de alquiler el valor total del inmueble y los intereses. Esta completamente prohibido la capitalización de intereses, el crédito esta atado a la inflación en tasas de interés real, se aceptan pre-pagos, además de las exenciones fiscales que favorecen la financiación del inmueble a través del contrato de leasing habitacional para adquirir vivienda
AMORTIZACIÓN	El importe anual de las cuotas correspondiente a recuperación del coste del bien será igual o creciente a lo largo de cada período contractual. Por contener el canon de leasing, dos funciones, una para cancelar el valor del uso y goce, además de los gastos financieros y administrativos del ente autorizado y la otra son los abonos a capital con el fin de adquirir el inmueble a la terminación del contrato con un pago no mayor del 30% del valor comercial del inmueble. La Superbancaría afirmo que el sistema de amortización es el mismo establecido de manera general para créditos de vivienda ²³⁶
OPCIÓN DE COMPRA	Al término del arrendamiento, el arrendatario, mediante el pago del importe del valor del ejercicio de la opción de compra adquiere la propiedad del bien. Esta transmisión de dominio se formaliza bajo los mismos parámetros de la compraventa, pero el título es el contrato de leasing.
SEGURO	El cliente deberá asegurar el bien a todo riesgo al formalizar la operación con el fin de cubrir los riesgos de siniestro y responsabilidad civil. El legislador ha impuesto como obligatorio el seguro de incendio y terremoto, también ofrece la idea de que el tenedor primario o locatario tome un seguro de vida que garantice el crédito, que es opcional.
CANCELACIÓN ANTICIPADA	El contrato de Leasing es irrevocable. No obstante si hay acuerdo entre las partes. En virtud a la aceptación de pre-pagos o el pacto de cuotas extraordinarias, se da la oportunidad al locatario de leasing ofrecer la cancelación del anticipada de las cuotas proyectas hasta su terminación, en la cual las partes serán quienes acuerden su valor, pues, en virtud de la naturaleza del contrato el bien se paga en un 90% como máximo durante la ejecución del contrato, puede cancelarse anticipadamente. Es posible que se haya estipula en el contrato una penalización por terminación anticipada del contrato, debido a que según su naturaleza es un contrato tracto sucesivo.
CUOTA MENSUAL	En virtud a que no existe una cuota inicial, esta cuota es la financiación del

²³⁶ Circular Externa 038 de 2004. Septiembre 20 de 2004. Superintendencia Bancaria de Colombia.

	100% del valor del inmueble, mas el costo del uso y habitación del mismo, mas los gastos fiscales y tributarios obligatorios, mas los costos administrativos de la empresa leasing y finalmente la ganancia o utilidad del banco
--	--

3.5. Aspectos comparativos con los contratos de compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana y leasing en general.

El contrato de nuestra investigación, es realmente un instrumento legal, digno de estudio y de atención, especialmente en nuestros días cuando nos encontramos en medio de una crisis habitacional que preocupa el devenir de nuestro país y el bienestar de sus coasociados.

Hoy día, no podemos ignorar las alianzas internacionales, que existe frente al llamado de “seguridad internacional”, donde los gobiernos, se han unido consternados por los denominados grupos terroristas, Así que se han conglomerado con el fin de combatir el terrorismo, el cual es para estos, el peor y la principal amenaza para la “paz y el desarrollo económico”. Pero realmente, “esa paz y ese desarrollo económico” se ve amenazado principalmente por el terrorismo?. Personalmente, considero que si bien la violencia, que es el nombre genérico del “terrorismo”, este es un problema que merece la atención y la unión de las fuerzas internacionales, no es este el principal problema que desequilibra “la paz y el desarrollo económico”, bajo mi punto de vista, la violencia no se combate con un mejor armamento (en nuestro caso), para que el ejercito colombiano se defienda contra los que llama sus “enemigos”; la guerrilla, los paramilitares, la delincuencia común, los rebeldes, subversivos, como los quieran llamar. La violencia para mi se combate, con estrategias gubernamentales articuladas fuertemente, sólidas e inteligentes y proporcionando las mejores armas a sus entes de control y de ejecución de políticas, para eliminar “la pobreza”. Solo así, podremos gozar de desarrollo económico, principal móvil de los gobiernos capitalistas y el bienestar para todos sus ciudadanos.

La pobreza, como es conocido por todos, genera inconformidad social que se puede traducir en grupos armados al margen de la ley, en miseria, resentimiento, desempleo, inseguridad, hambre, dolor, etc., múltiples factores, de este modo, la pobreza es para mi, realmente el principal y la mas

apremiante causa que afecta la paz y la seguridad internacional y por supuesto el desarrollo económico. Un gobierno en el que sus coasociados viven inconformes, bajo unas condiciones no favorables, sin un lugar donde habitar, pone en peligro la legitimidad de sus instituciones y su gobernabilidad.

Es pues realmente importante que nuestro gobierno nacional, ejecute su altruista y prosaria política habitacional en vez de dejar que siempre termine convirtiéndose en un sainete.

En un país como el nuestro, en el cual, las instituciones políticas gozan de poder suficiente para ejecutar sus decisiones, en donde sus coasociados le han confiado y le han entregado el poder para que gobiernen en busca del bienestar general, es verdaderamente importante trabajar en esa dirección, respetando los límites y poderes que detentan, de esta manera, es la pobreza el principal enemigo del desarrollo y el enfermo más interesado por encontrar su cura, que se traduce en paz y seguridad y por tal razón debe ser atendido con extrema prioridad.

Paradójicamente, encontramos que el presupuesto nacional destina la mayoría de sus recursos para dotar al ejército de armas, cañones, aviones de guerra etc., que al final genera más pobreza y todas sus consecuencias. El presupuesto para las viviendas de interés social, la educación para los infantes, el trabajo para todos aquellos despojados de sus tierras por la falta de gobernabilidad, se traduce en un parte insignificante en comparación de la otra, y aun más irrisoria cuando el presupuesto para “guerra” produce más pobreza que paz y seguridad. El desarrollo económico, social y político se logra si se combate hasta lograr eliminar la pobreza.

La pobreza, tiene muchas razones de existir, una de ellas es la ausencia de una vivienda digna, pero que quiere decir una vivienda digna? Nuestra Constitución Nacional, consagra el derecho de todo ciudadano y deber del gobierno de proporcionar una vivienda digna a sus coasociados, un derecho fundamental constitucional, consagrado en el artículo 51.

Si bien es cierto, que el derecho a la vivienda digna no se traduce en proporcionar el derecho a la propiedad de una vivienda, esta si se materializa al “proporcionar la seguridad del goce del derecho de una vivienda digna,...en el cual el estado tiene el deber de dictar una legislación que garantice la seguridad en la tenencia de vivienda y que establezca sistemas de acceso a la vivienda”²³⁷ de esta manera, la Honorable Corte ha reconocido la necesidad de articular el sinnúmero de reglas jurídicas que existen, dotándolas de viabilidad en un contexto real, con el fin de proteger el derecho a la vivienda digna, tal como nuestra Carta Magna así lo consagra.

El estado Colombiano ha reconocido la resolución del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, numero 42/91, del 11 de diciembre de 1987, en el cual se afirma que el derecho a una vivienda adecuada, es integrado por dos elementos; las condiciones de la vivienda y la seguridad de goce de la vivienda. Al respecto la Corte agrego “el primer elemento – condiciones de la vivienda- se refiere a que la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad físico y su salud”²³⁸.

Al tiempo que las Naciones Unidas, enumero los factores que integran una vivienda adecuada, tales como: habitabilidad, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, lugar, adecuaron cultural; todos estos conducen directamente a unas “condiciones de vida digna y a la garantía de la realización de los derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación

²³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003. Expediente D-4468. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

²³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003. Expediente D-4468. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona”²³⁹.

Igualmente, las Naciones Unidas, también han mencionado los aspectos indispensables que integran el concepto de seguridad de goce de la vivienda, que se resume en; asequibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y gastos soportables.

Adoptando esta declaración y una posición contundente a la necesidad de dotar a la población de medios suficientes que permitan el acceso a una vivienda digna, cobra importancia la regularización de los mecanismos financieros que permitan este fin, en el cual se debe tener en cuenta “las necesidades reales de la población, así como la disponibilidad de recursos nacionales –públicos y privados-, para financiar las distintas formas, igualmente factores tales como los recursos familiares, los recursos estatales etc.”²⁴⁰ Por esta causa, el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, debe ser un mecanismo que garantice el acceso a la vivienda, como una herramienta de financiación a largo plazo que asegura, que las personas puedan cubrir dicho costo, sin que implique un sacrificio para la atención de sus necesidades básicas.

Teniendo en cuenta, la relevancia que adquiere en nuestra estructura estatal, la vivienda digna y los mecanismos financieros como es posible satisfacer esta necesidad, haremos un enfoque a la realidad nacional en materia de política habitacional en la que la Honorable Corte afirmó: “La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto. Todo lo dicho encaja dentro de los principios básicos que inspiran al Estado Social de Derecho (artículo 1 Carta Política), que mal podría dejar expórita la confianza

²³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003. Expediente D-4468. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

²⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003. Expediente D-4468. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

publica en el manejo ordenado, serio y transparente del sistema financiero, ni permitir que los recursos provenientes del ahorro privado afrontaran contingencias susceptibles de ser evitadas y controladas merced a la vigilancia de la autoridad publica responsable de conducir y orientar la economía nacional”²⁴¹

La gran importancia que tiene en las políticas gubernamentales, la solución al problema habitacional de sus ciudadanos, se traduce en muchos factores de desarrollo económico, social y orden público, según cifras de la Cámara de Comercio de Colombia, “el déficit cuantitativo de vivienda en el país se estima en 1.260.500 unidades habitacionales (17.6% del total de los hogares), concentrándose mas del 80% en hogares con ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos”²⁴² además es oportuno anotar que “917 mil hogares urbanos en déficit habitacional cualitativo, 338 mil (36%) habitan en viviendas susceptibles de mejoramiento en sus estructuras, mientras que 579.300 hogares deben ser atendidos por la política de servicios públicos”²⁴³. Estas cifras hablan por si solas, pienso que no es pertinente ahondar sobre estas criticas cifras que demuestran que la vivienda es sin lugar a duda un factor determinante en el desarrollo social y económico, en la medida que posibilita la disminución de la pobreza y la miseria, la reactivación económica y la generación de empleo, pero nos cuestionamos, y las garantías constitucionales a una vivienda digna?

El sector de la vivienda en Colombia, entro en esta crisis caótica, a partir de 1990, cuando el sistema hipotecario; UPAC, (instrumento financiero para la adquisición de vivienda, “basado exclusivamente en captaciones de ahorro a corto plazo o captaciones a la vista, para otorgar prestamos a largo plazo”²⁴⁴) por el exagerado aumento de las tasas de interés , la vinculación de la DTF al calculo de la UPAC y la capitalización de intereses, hicieron imposible cumplir con la obligación hipotecaria, provocaron que las viviendas para familias terminaran en remates o en dación de pago. Esta problemática fue la respuesta a un modelo de financiación, no adecuado a las circunstancias

²⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-560 de 1994

²⁴² Informe de Camacol, déficit habitacional Colombiano.

²⁴³ Informe de Camacol, déficit habitacional Colombiano.

²⁴⁴ Política de vivienda. Fortalecimiento de la infraestructura social. Cambio para construir la paz. Emitido por el Gobierno Nacional

nacionales y a la realidad económica, en el cual no se tenía en cuenta la capacidad de pago real del deudor hipotecario, sino las expectativas de capacidad de pago en el tiempo.

El contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, surgió obedeciendo a las circunstancias críticas de vivienda de nuestro país, tal como las cifras hablan por si solas, se concibe este contrato de financiación del uso y habitación con la posibilidad de adquirir la propiedad al final del contrato, partiendo de su causa, su naturaleza es mercantil, pues es financiado por una entidad financiera autorizada y en cuanto a su finalidad, que consiste en donar la posibilidad de una vivienda digna a la familia, el cual es un derecho constitucional tutelado y protegido por el estado.

De esta forma, el contrato en mención, tiene un fuerte ingrediente de derecho público, pues el gobierno nacional intervino fuertemente en su desarrollo, especialmente en lo que respecta a la financiación por tratarse de un adquisición de vivienda para la familia.

Es un contrato que por su finalidad cuenta con una tutela del gobierno nacional, de las Superintendencia Bancaria y de la Corte Constitucional, todo esto, porque es un contrato en el cual existe la posibilidad de adquirir la propiedad de la vivienda.

El contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda, en el ordenamiento jurídico colombiano, goza de una regulación y un cuidado especial, considerándose como un contrato autónomo y completamente diferente en sus aspectos sustanciales y formales, a los contratos que estudiamos, tales como; el contrato de compraventa de inmuebles, de arrendamiento para vivienda urbana y el contrato de leasing financiero.

3.5.1. Aspectos sustanciales.

Atendiendo a los aspectos sustanciales del contrato, la Corte ha dicho que el gobierno nacional debe garantizar el objetivo de hacer eficaz el acceso a la vivienda familiar, por medio de:

“La regulación relativa a las operaciones de leasing habitacional, deberá establecer elementos que, por ejemplo garanticen alguna relación entre el precio pactado, su incremento y las variaciones de la economía, no puede sujetarse a la arbitrariedad de la parte poderosa de la relación, el legislador ha utilizado en materia de créditos de vivienda a largo plazo, el índice de precios al consumidor como criterio.

Se debe proteger el patrimonio de las familias, por ejemplo, no es viable que el incumpliendo del pago del canon, apareje la pérdida absoluta del precio pagado (que integra el patrimonio familiar), sin que esto impida que existan garantías de cumplimiento.

Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que no se presenten situaciones de abuso de la posición dominante que ostentan los intermediarios financieros, no pueden fijarse condiciones excesivamente onerosas o lesivas y que no tengan en cuenta imponderables u otras situaciones imprevisibles.

La regulación del leasing habitacional, deberá contener disposiciones sobre la protección a los locatarios, tales medidas deberán incluir directrices que aseguren la tenencia jurídica del bien objeto del contrato, así como restricciones a la oferta de bienes que no aseguren, condiciones dignas de la vivienda, en particular lo relativo a la oferta de bienes y servicios esenciales.

Las distintas modalidades de oferta del leasing habitacional deben asegurar que los contratos se pacten en condiciones que, de la mayor manera posible, consulten la capacidad de pago del locatario y su familia, de suerte que el cumplimiento de las cuotas o el ejercicio de la opción de compra no lleve, dentro de situaciones normales, al sacrificio de la satisfacción de sus necesidades básicas.

El gobierno –mediante regulación- y los establecimientos bancarios, - a través de los contratos- tiene el deber de diseñar ofertas que procuren la eficiente financiación de esta modalidad de tenencia.

El carácter finalístico del artículo 51 de la Constitución Política, implica que la existencia de un sistema de financiación de vivienda a largo plazo que tome en consideración las circunstancias particulares y los saldos negativos de la relación antes indicada, puede resultar suficiente para satisfacer el derecho a la vivienda digna de la población, de manera que resultaría legítimo que otros sistemas de financiamiento pudiera someterse a las leyes del mercado. El mandato implica garantizar el acceso a la vivienda digna y, si existe un sistema –sujeto a condiciones especiales- que realmente lo permiten, no existiría razón alguna para impedir la existencia de otros sistemas que estén al margen de dicho modelo. Negar la posibilidad implica violación del derecho a la libertad de elección.

La existencia de restricciones, no se limita a normas legales, sino que incluye prácticas mercantiles que condicionen la financiación de la tenencia de la vivienda de tales personas, a la selección del sistema más oneroso, en lugar del sistema sujeto a condiciones especiales”²⁴⁵.

Particularmente, los aspectos sustanciales más determinantes, en comparación con los contratos que estudiamos son:

TABLA 3.4. Efectos sustanciales más determinantes.-

CONTRATO	CAUSA	OBJETO
COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE	<ul style="list-style-type: none"> • Transferir la propiedad del bien inmueble o el derecho real, para su uso, goce y disposición • Recibir el precio, animo de lucro 	<ul style="list-style-type: none"> • La transferencia del derecho real que recae sobre el bien inmueble
ARRENDAMIENTO DE	<ul style="list-style-type: none"> • Permite el goce del bien 	<ul style="list-style-type: none"> • La transferencia de la

²⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003. Expediente D-4468. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

VIVIENDA URBANA	<p>inmueble a un arrendatario para su vivienda.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Recibir la renta mensual, como contraprestación 	<p>mera tenencia de uso y goce del bien inmueble</p>
LEASING EN GENERAL	<ul style="list-style-type: none"> • Financiación del uso y goce de un bien susceptible de renta, representado en un bien de capital • Recibir un canon de leasing y posiblemente el valor de la opción de compra 	<ul style="list-style-type: none"> • La transferencia de la tenencia del bien inmueble o mueble de capital, con ciertos derechos propios de propiedad frente a terceros, con la opción de adquirir el derecho real de dominio al finalizar el contrato.
LEASING HABITACIONAL PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA URBANA	<ul style="list-style-type: none"> • Financiación del uso y goce de un bien inmueble destinado para la vivienda • Recibir un canon de leasing y posiblemente el valor de la opción de compra 	<ul style="list-style-type: none"> • La transferencia de la tenencia del bien inmueble para vivienda, con ciertos derechos propios de quien es propietario frente a terceros, con la opción de adquirir el derecho real de dominio al finalizar el contrato

TABLA 3.5. Comparativo entre compraventa, arrendamiento y leasing inmobiliario.-

CONTRATO	PARTES	BIEN	ONEROSIDAD
COMPRAVENTA DE INMUEBLE	<p>Vendedor Comprador</p> <p>Pueden ser personas de derecho público o privado, natural o jurídico.</p>	<p>Bien inmueble, el cual se transfiere su plena propiedad, destinado para vivienda o actividad comercio o cualquier otra actividad lícita.</p>	<p>El comprador a cambio del derecho real de dominio sobre el bien inmueble, da un precio que debe ser cierto, justo, serio y real. Es posible pago en especie y en dinero o solo en dinero. En caso de incumplimiento, podrá haber derecho a</p>

			indemnización de perjuicios.
ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA URBANA	Arrendador Arrendatario Pueden ser personas de derecho público o privado, natural o jurídico.	Bien inmueble, destinado para el uso y goce de la vivienda o habitación, sin la posibilidad de adquirir su propiedad.	El arrendatario a cambio del uso y goce del bien, entrega al arrendador una suma dineraria periódica, llamada canon, la cual incluye el valor de ese mero uso y goce. En caso de incumplimiento, puede dar lugar a terminación del contrato si se ha pactado expresamente, cláusula aceleratoria e intereses de mora
LEASING EN GENERAL	Entidad financiera autorizada Locatario El locatario puede ser una persona natural, jurídica de derecho público o privado. La entidad financiera debe cumplir con una serie de requisitos legales que la autoricen.	Bien mueble o inmueble susceptible de producir una renta, destinado para la financiación de su uso y goce con la posibilidad de adquirir la propiedad.	El locatario del leasing al recibir la financiación del uso y goce de un bien capital, a cambio entrega una suma periódica en dinero, la cual tiene dos fines, cancelar el uso y goce actual del bien y abonar a capital el derecho futuro de propiedad del mismo, más gastos administrativos e utilidades. Este canon se rige por las leyes comerciales y de financiación bancaria. En caso de incumplimiento da lugar a cláusula aceleratoria si se pacto y intereses de mora en virtud a la presunción legal.
LEASING HABITACIONAL PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA URBANA	<ul style="list-style-type: none"> • Entidad financiera autorizada • Locatario <p>El locatario, es una persona natural, que en representación</p>	Bien inmueble destinado para la financiación de su uso y goce de vivienda o habitación con la posibilidad de adquirir la propiedad al finalizar el contrato	El locatario del leasing al recibir la financiación del uso y goce de un bien capital, a cambio entrega una suma periódica en dinero, la cual tiene dos fines, cancelar el uso y goce actual del bien y

	de la familia, se obliga con el fin de disfrutar un inmueble para su uso y habitación		abonar a capital el derecho futuro de propiedad del mismo, más gastos administrativos e utilidades. Este canon se rige bajo la ley de financiamiento de adquisición de vivienda ley 560 de 1999, tiene diferentes beneficios tributarios. En caso de incumplimiento la mora debe ser expresamente pactada en el contrato y no es posible pactar cláusula aceleratoria
--	---	--	---

3.5.2. Aspectos formales

Según la formalidad del contrato, es decir el mismo contrato escrito y sus relevancias solemnes, la Corte dijo “la figura de leasing habitacional debe ser proporcionada en condiciones de plena y suficiente información, entre todas las posibles formas de financiación de la tenencia de vivienda, el locatario debe ser adecuadamente informado de los riesgos en que incurre al firmar el contrato y de la relación razonable que debe existir entre su capacidad de pago actual y esperada y el monto de las cuotas a que se obliga a cancelar periódicamente.”²⁴⁶ Esta medida garantiza la igualdad en las partes, pues se piensa que los contratos financieros hay una parte dominante, que es la entidad bancaria, quien generalmente es la que realiza el contrato y demanda por determinadas exigencias que permitan asegurarle el cumplimiento de la obligación y el ánimo de lucro de propio de su oficio, pero si bien es cierto, el contrato de financiación de vivienda urbana, permite legalmente que exista un ánimo de lucro, este no debe sobrepasar los límites, imponiendo condiciones excesivas respecto a su condición o cuotas que se convierten en demasiado onerosas etc.

²⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2003. Expediente D-4468. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Nuestro legislador, ha sido muy claro al imponer la obligación de pactar todas las condiciones y acuerdos por escrito, tales como la descripción clara del bien inmueble dado en leasing habitacional, el valor de la cuota mensual y los factores a tener en cuenta para realizar reajustes, determinar el plazo de duración del contrato, consagración de la opción de compra con su respectivo valor y si esta es susceptible de indexación por causas de valorización de la tierra etc., sistema de financiación y amortización, seguros que deben tomar el usuario y garantías claras, aceptación de pago de cuotas extraordinarias o parciales inclusión explícita de cláusulas por terminación anticipada del contrato; bien sea por incumplimiento o por cancelación anticipada, pues en principio el contrato es irrevocable.

No es posible hacer valer derechos que no estén contenidos dentro del mismo documento que una vez firmado se entiende aceptado por las partes, pues esta es la manifestación libre y conciente de los sujetos que se materializa a través del documento escrito.

Pero del mismo modo, el legislador impuso la obligación a las entidades financieras de dotar la información suficiente, clara y precisa de todos los riesgos, posibilidades, variables, condiciones que se pacten en el mismo, para garantizar un desarrollo coordinado, posible y accesible para el usuario del contrato de leasing habitacional.

En la práctica encontramos, que los contratos financieros son escritos con un lenguaje técnico que imposibilita la comprensión a las personas que acceden, así que aunque se comprende que para la ley es preciso que por razones de orden, denominar las consecuencias, causas, efectos, características etc. por su nombre técnico que la ley misma le ha donado para evitar confusiones, es también preciso que toda esta información propia del gremio financiero sea accesible a las personas que no forman parte del gremio, pero que desean acceder a los servicios que el sector financiero ofrece, en unas condiciones de igualdad, pues la autonomía contractual esta en juego, no puede haber abuso por la parte dominante en este sector.

De esta manera, con el fin de prever y aprendiendo de las fallas del sistema UPAC, se busca controlar los posibles riesgos que amenacen el fin que el gobierno nacional espera, el cual es reducir el déficit habitacional.

TABLA 3.6. Síntesis de los principales aspectos del contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda urbana.-

DESCRIPCIÓN	El leasing habitacional para la adquisición de vivienda, es un alquiler a medio o largo plazo de bienes inmuebles dedicados para uso y habitación del usuario del contrato, en el que el arrendatario del leasing tiene una opción de compra sobre el inmueble.
CLIENTES	Personas naturales con preferencia a los antiguos deudores del sistema hipotecario que entregaron su casa para cancelar el crédito. La superintendencia Bancaria, le dio el nombre de tenedor primario, ²⁴⁷ y la ley lo llamo locatario ²⁴⁸ .
CARACTERÍSTICAS DEL BIEN	Es un bien inmueble destinado para vivienda o habitación del locatario, quien lo elige según sus necesidades. El bien debe ser obligatoriamente de propiedad de la entidad autorizada mientras dure el contrato.
FORMA	El contrato debe constar por escrito, además de la inscripción del registro de la escritura publica por tratarse de un bien inmueble en el efecto que se adquiera la propiedad del mismo.
PLAZO	El plazo mínimo es 10 años.
FINANCIACIÓN	El Banco financia el 100% del importe de la inversión, a cambio de unas cuotas periódicas que cancela el locatario por la financiación del uso y goce del inmueble. Recupera a través de estas cuotas de alquiler el valor total del inmueble y los intereses. Esta completamente prohibido la capitalización de intereses, el crédito esta atado a la inflación en tasas de interés real, se aceptan pre-pagos, además de las exenciones fiscales que favorecen la financiación del inmueble a través del contrato de leasing habitacional para adquirir vivienda.
AMORTIZACIÓN	El importe anual de las cuotas correspondiente a recuperación del coste del bien será igual o creciente a lo largo de cada período contractual. Por contener el canon de leasing, dos funciones, una para cancelar el valor del uso y goce, además de los gastos financieros y administrativos del ente autorizado y la otra

²⁴⁷ Circular Externa 022 de 2003. Junio 6 de 2003. Superintendencia Bancaria de Colombia

²⁴⁸ Decreto 777 de 2003. Decreto 1787 de 2004. Ley 795 de 2003.

	son los abonos a capital con el fin de adquirir el inmueble a la terminación del contrato con un pago no mayor del 30% del valor comercial del inmueble. La Superbancaría afirmó que el sistema de amortización es el mismo establecido de manera general para créditos de vivienda ²⁴⁹ .
OPCIÓN DE COMPRA	Al término del arrendamiento, el arrendatario, mediante el pago del importe del valor del ejercicio de la opción de compra adquiere la propiedad del bien. Esta transmisión de dominio se formaliza bajo los mismos parámetros de la compraventa, pero el título es el contrato de leasing.
SEGURO	El cliente deberá asegurar el bien a todo riesgo al formalizar la operación con el fin de cubrir los riesgos de siniestro y responsabilidad civil. El legislador ha impuesto como obligatorio el seguro de incendio y terremoto, también ofrece la idea de que el tenedor primario o locatario tome un seguro de vida que garantice el crédito, que es opcional.
CANCELACIÓN ANTICIPADA	El contrato de Leasing es irrevocable. No obstante si hay acuerdo entre las partes. En virtud a la aceptación de pre-pagos o el pacto de cuotas extraordinarias, se da la oportunidad al locatario de leasing ofrecer la cancelación del anticipada de las cuotas proyectas hasta su terminación, en la cual las partes serán quienes acuerden su valor, pues, en virtud de la naturaleza del contrato el bien se paga en un 90% como máximo durante la ejecución del contrato, puede cancelarse anticipadamente. Es posible que se haya estipula en el contrato una penalización por terminación anticipada del contrato, debido a que según su naturaleza es un contrato tracto sucesivo.
CUOTA MENSUAL	En virtud a que no existe una cuota inicial, esta cuota es la financiación del 100% del valor del inmueble, mas el costo del uso y habitación del mismo, mas los gastos fiscales y tributarios obligatorios, mas los costos administrativos de la empresa leasing y finalmente la ganancia o utilidad del banco.

²⁴⁹ Circular Externa 038 de 2004. Septiembre 20 de 2004. Superintendencia Bancaria de Colombia.

BIBLIOGRAFIA

- CARDONA HERNÁNDEZ, Guillermo. CONTRATOS CIVILES. 3ra. Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, D.C. 2001.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SU RÉGIMEN CIVIL Y COMERCIAL. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.. Bogotá. D.C. 2004.
- MANUAL PRÁCTICO SOBRE ARRENDAMIENTO. Estudios Jurídicos. Editorial Sancho. Manizales. 1989
- VALENCIA ZEA, Arturo. DERECHO CIVIL. Tomo IV De los Contratos. Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1985.
- BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado Colombiano. Volumen 1. Segunda Edición. Universidad Autónoma de Bucaramanga. 1998.

- DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES. Segunda Edición. César Gómez Estrada. Librería Temis Ltda..
- GONZALEZ GÓMEZ, Eudoro. DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO. Colección pequeño foro.
- OCHOA GONZÁLEZ, Guillermo. CONTRATOS NOMINADOS CIVILES. Señal Editora. Primera Edición. 1988. Medellín.
- LEAL JARAMILLO, Hildebrando. CONTRATO DE COMPRAVENTA CIVIL Y COMERCIAL. Ediciones Librería Doctrina y Ley. Primera Edición. 1989. Bogotá.
- JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. ARRENDAMIENTO Y RESTITUCIÓN. Vivienda Urbana, Comercial, Regulación de la Renta. Primera Edición 2000. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Temis, 1987. Reimpresión de la cuarta Edición.
- Peña Guzmán y Arguello, Derecho Romano. 1991. Bogotá
- TAFUR GONZALEZ, Alvaro. Código Civil compilado, concordado y anotado. Leyer. . Bogotá, 2000. pág 243.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Temis, 1987
- CARDONA HERNANDEZ, Guillermo. Contratos Civiles. Ediciones Doctrina y Ley. 2001
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial universidad. Buenos Aires, 1999
- SALAMANCA, Hernan. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. 1979
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá 1990
- BIAGIO, Brugi. Instituciones de Derecho Civil. Volumen 4. Oxford University Press
- GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de familia. Editorial Temis. Bogotá
- COURS ÉLEMENTAIRE DE DROIT CIVIL FRANCAIS. Tomo II. Paris, 1938
- MARCEL PLANIOT Y RIPLET. Traité Elementaire de droit Civil. 11° Edición. Paris 1928
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Contratos. Editorial Temis. Bogotá.

- PLANIOT, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Librairie générale de droit et de Jurisprudence. Tomo II. París
- RIPERT, Georges – Boulanguer Jean. *Tratado de Derecho civil según el Tratado de Pothier, Contratos*. Traducido por D. García. Daireaux. Buenos Aires
- OCHOA GONZÁLEZ, Guillermo. *Contratos Nominados Civiles*. Señal Editorial. Medellín, 1988.
- JOSSERAUD, Lois. *Derecho Civil*. Traducido por Scunchillos Manterota. Ejea-Bosh, Tomo II. Vol II. Barcelona
- COLIN, Ambroise – Capitant, Henri. *Course élémentaire de droit civil français*. Dalloz, Tomo II, 10 Edición. París, 1948.
- GÓMEZ ESTRADA, César. *De los Principales Contratos Civiles*. Editorial Temis, Tercera Edición. Bogotá, 1996
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles*. Décima quita Edición. Ediciones Librería del Profesional
- LEAL PEREZ, Hildebrando. *Contrato de compraventa*. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, 1989
- RODRÍGUEZ ALESSANDRI, Arturo. *Derecho Civil, de los Contratos*. Editorial Zamorano y Caperan
- *Código de Comercio y Legislación Complementaria*. Legis. Edición 2002
- ESCOBAR GIL, Rodrigo. *El contrato de Leasing Financiero*. Editorial Temis. Bogotá, 1984
- BARBIER, Eduardo Antonio. *Contratación Bancaria 2*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002
- Decreto 913 de 1993.
- BLANQUER UBEROS, Roberto. *La reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*. Editorial. Civitas. Madrid, 1987.
- CHULIÁ VICÉNT, Francisco. *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Librería Bosh. 2 Edición. Barcelona, 1986
- CHULIÁ VICÉNT, Eduardo. Beltrán Alandete, Teresa. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. Jose Maria Bosh Editor. Barcelona, 1999
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios y su Significación en América latina*. Editorial Legis. Quinta Edición, Bogotá, 2002

- PARRA BARTOT, Edgar. El leasing en Venezuela. Revista Felabán Número 18. Editorial Nelly. Bogotá
- Asociación Bancaria de Colombia, Leasing o arrendamiento financiero, GM. Cuarta Edición. Pág 22
- PARRA BARTOT, Edgar. El leasing en Venezuela. Revista Felabán Número 18. Editorial Nelly. Bogotá, 1944.
- CHAVES VELA, Isaias. El leasing o arrendamiento financiero. Revista Fasecolda Número 11. 1980
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. El Leasing. Editorial Temis. Bogotá 1988
- LEAL PÉREZ, Hildebrando. Contratos Bancarios. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1990
- PLANIOL, Marcelo. Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo X Los Contratos Civiles. Editorial Cultural. Habana, 1946
- JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Arrendamiento y Restitución. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.. Santafé de Bogotá, 2000
- SAENZ, Luz Amanda. Cabrera, Manuel Enrique. Leal Pérez, Hildebrando. Contrato de Arrendamiento y Proceso de restitución de Inmueble. Editorial Leyer. Bogotá 1999.
- VÉLEZ, Fernando. Edición sobre el Derecho Civil Colombiano. Editorial París-América. Tomo VII. Numeral 490 y
- VIDAL BLANCO, Carlos. El leasing en España. Cuadernos IMPI N° 26. Madrid, 1989-,
- KEMERLMAJER DE CARLUCCI, Aída. Aproximación al contrato de leasing inmobiliario en Derecho empresarial. Editorial Desalma. Editorial Desalma, 1996
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos. T. II, Biblioteca Jurídica DIKE, 1.998.
- BAENA CARDENAS, LUIS GONZALO. Estudios de derecho mercantil. ESAP, 1.989.
- BARREIRA DELFINO, EDUARDO. Leasing: Aspectos jurídicos, contables, impositivos y operativos, Buenos Aires, Cangallo, 1.978.
- BONEO VILLEGAS, EDUARDO J. Contratos Bancarios Modernos. Buenos Aires, 1.984.
- BROSETA PONT, MANUEL. Manual de Derecho Mercantil.

- CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO. El leasing. Bogotá. Temis, 1.988.
 - HINESTROSA, FERNANDO. Derecho Civil, Obligaciones. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1.969.
 - LOPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Instituciones de derecho procesal colombiano. Bogotá, Temis, 1.980.
 - MADRIÑAN DE LA TORRE, SANTIAGO. El leasing en Colombia. 1.986.
 - NARVAEZ JOSE IGNACIO. Teoría general de las sociedades. 3 Edición. 1.986.
 - PINZON, GABINO. Sociedades Comerciales. En Teoría General, Vol. 1,4. Ed. Bogotá, Temis. 1.982.
 - RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO. Contratos Bancarios. 2 Edición.
 - VELASQUEZ JARAMILLO, JAVIER. Bienes, 8 Edición. Bogotá. Temis. 2.000.
 - VILLEGAS MONTREJE, JORGE IVAN. Orígenes y evolución del leasing en Colombia. Revista Superintendencia Bancaria. No. 7, Abril de 1.990.
-
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Noviembre 17 de 1947
 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Febrero 28 de 1928
 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 11 de 1954
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Noviembre 25 de 1982
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Julio 27 de 1952
 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Febrero 25 de 1953
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: César Gómez Estrada. Sentencia de abril 30 de 1970.
 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Mayo 5 de 1941
 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 25 de 1976
 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 4 de 1952
 - Sentencia del Consejo de Estado. Diciembre 14 de 1988. Consejero Ponente: Jose Ignacio Narváez Garcia.
 - Sentencia C-936 de 2003. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett

- Legislación Francesa. Ordenanza 67-837. Artículo 1, de septiembre 28 de 1967.
- Legislación Italiana Ley 183 de 1976, Artículo 17, inciso 2.
- Resolución 42/191 de 11 de diciembre de 1987. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Política de vivienda. Fortalecimiento de la infraestructura social. Cambio para construir la paz. Emitido por el Gobierno Nacional
- Ley 45 de 1990.
- Ley 223 de 1995
- Decreto 913 de 1993. Artículo 2.
- Decreto 1787 de 2003
- Decreto 777 de 2003
- www.finandina.com/FinanciaVeh/Leasing
- www.metrocuadrado.com
- www.mininterior.gov.co
- www.supersociedades.gov.co
- www.superbancaria.gov.co
- www.bhif.cl
- www.pabellon.cl
- www.metrocuadrado.com/content/temasfincaraiz
- www.capitaljoven.com/infocreditos
- www.elmostrador.cl
- www.icav.com
- www.portafolio.com.co
- www.terra.cl/finanzas
- www.feller-rate.cl/articulos
- www.e-local.gob.mx
- www.minambiente.gov.co
- www.iberamericaempresarial.com
- www.interamericana.cl/empresas

- www.mapsa.cl/nuevo
- www.presidencia.gov.co
- www.kpmg.com.co/publicaciones
- www.presidencia.gov.co
- www.elpanamaamerica.com.pa
- www.estado.cl
- www.elmostrador.cl
- www.noticias.juridicas.com
- www.fedeleasing.org.co
- www.leaseurope.org
- www.felalease.net

INDICE GENERAL

		PÁGINA
	Introducción	3
1.	CAPITULO I DEL CONTRATO EN GENERAL	7
1.1.	Concepto	7
1.2.	Elementos del contrato	9
1.2.1.	Esenciales	10
1.2.2.	Naturales	10
1.2.3.	Accidentales	10
1.3.	Requisitos de los contratos	12
1.3.1.	El consentimiento	13
1.3.1.1.	Vicios del consentimiento	14
1.3.1.1.1.	El error	14
1.3.1.1.2.	La fuerza	15
1.3.1.1.3.	Dolo	16
1.3.2.	La capacidad	16
1.3.3.	Objeto lícito	19
1.3.4.	La causa	21
1.4.	Clasificación de los contratos	23
1.5.	Importancia del contrato	27

2.	CAPITULO II DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES Y DEL LEASING EN GENERAL	28
2.1.	Del contrato de compraventa de bienes inmuebles para vivienda urbana	28
2.1.1.	Concepto	30
2.1.2.	Finalidad	33
2.1.3.	Regulación legal	33
2.2.	Las partes y sus obligaciones	34
2.2.1.	Obligaciones del vendedor	35
2.2.1.1.	Obligación de entregar	35
2.2.1.2.	Obligación de saneamiento y garantía	38
2.2.1.2.1.	Saneamiento por evicción	40
2.2.1.2.2.	Saneamiento de vicios redhibitorios	41
2.2.2.	Obligaciones del comprador	42
2.2.2.1.	Pago del precio	43
2.2.2.2.	Recibir la cosa comprada	44
2.2.2.3.	Otras obligaciones	45
2.1.4.	Elementos	45
2.1.4.1.	Elemento esencial	45
2.1.4.1.1.	Cosa - bien inmueble	45
2.1.2.1.2.	Precio	47
2.1.4.2.	Elemento natural	48
2.1.4.3.	Elementos accidentales	49
2.1.5.	Características	51
2.1.5.1.	Consensual	51
2.1.5.2.	Bilateral	51
2.1.5.3.	Oneroso	51
2.1.5.4.	Conmutativo	52
2.1.5.5.	Traslativo de dominio	52
2.1.5.6.	Típico y principal	52
2.1.5.7.	Nominado	52
2.1.5.8.	De ejecución instantánea	52
2.1.5.9.	De libre discusión	53
2.3.	Garantía de la compraventa	53
2.4.	Requisitos	54
2.5.	El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana	58
2.5.1.	Concepto	61
2.5.2.	Finalidad	66
2.5.3.	Regulación legal	67
2.5.4.	Las partes y sus obligaciones	67
2.5.4.1.	Obligaciones del arrendador	68
2.5.4.1.1.	Obligación de entregar la cosa	69
2.5.4.1.2.	Obligación de mantener la cosa en buen estado	72
2.5.4.1.3.	Obligación de saneamiento	75
2.6.	Obligaciones del arrendatario	80
2.6.1.	Obligación de uso y goce de la cosa	81

2.6.2.	Obligación de pagar el precio de la renta	84
2.6.3.	Obligación de velar por el cuidado del bien	88
2.6.4.	Obligación de restituir el bien arrendado al terminar el contrato	90
2.7.	Elementos del contrato de arrendamiento	92
2.7.1.	Elementos esenciales	93
2.7.1.1.	Uso de la cosa - bien inmueble	93
2.7.1.2.	Precio renta o canon de arrendamiento	95
2.7.1.3.	Consentimiento de las partes	97
2.7.2.	Elemento natural	98
2.7.3.	Elemento accidental	98
2.7.4.	Características	99
2.7.4.1.	Consensual	99
2.7.4.2.	Bilateral	100
2.7.4.3.	Oneroso	100
2.7.4.4.	Conmutativo	100
2.7.4.5.	Translativo de los derechos de uso y goce de la cosa temporal	101
2.7.4.6.	Típico y principal	101
2.7.4.7.	Nominado	102
2.7.4.8.	Tracto sucesivo	102
2.7.4.9.	De libre discusión	103
2.7.5.	Garantías	103
2.7.6.	Requisitos	104
2.7.6.1.	Capacidad	104
2.7.6.2.	Consentimiento de las partes	106
2.7.6.3.	Objeto	108
2.7.6.4.	Precio	110
2.8.	Del contrato de leasing en general	113
2.8.1.	Concepto	116
2.8.2.	Finalidad	125
2.8.3.	Regulación legal	129
2.8.4.	Elementos	132
2.8.4.1.	Elemento esencial	132
2.8.4.1.1.	Entrega del bien de trabajo, elegido por el locatario	135
2.8.4.1.2.	Canon	139
2.8.4.1.3.	Opción de compra al terminar el contrato	146
2.8.4.2.	Elementos naturales	151
2.8.4.3.	Elementos accidentales	153
2.8.5.	Características	154
2.8.5.1.	Consensual y formal	155
2.8.5.2.	Bilateral	156
2.8.5.3.	Oneroso	158
2.8.5.4.	Conmutativo	159
2.8.5.5.	Principal	160
2.8.5.6.	Traslato de uso y disfrute	160
2.8.5.7.	Tracto sucesivo	161
2.8.5.8.	Típico y nominado	161
2.8.5.9.	De financiación	162

2.8.5.10.	De adhesión	162
2.8.6.	Partes y obligaciones	163
2.8.6.1.	Obligaciones de la Compañía de Financiamiento Comercial	166
2.8.6.1.1.	Adquirir el bien seleccionado por el usuario del Leasing	167
2.8.6.1.2.	Entregar el bien a título de leasing	169
2.8.6.1.3.	Permitir el uso y goce del bien	171
2.8.6.1.4.	Cumplir con la oferta de venta	172
2.8.6.2.	Obligaciones de la empresa usuaria	173
2.8.6.2.1.	pagar las cuotas periódicas	173
2.8.6.2.2.	Conservar el bien en buen estado	174
2.8.6.2.3.	Recibir el bien	176
2.8.6.2.4.	Comunicar su voluntad al vencimiento del contrato	176
2.8.6.2.5.	Permitir la inspección del bien	176
2.8.7.	Garantías	177
3.	CAPITULO III	181
	EL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR EN COLOMBIA	
3.1.	Consideraciones jurídicas	181
3.2.	Antecedentes	185
3.3.	Concepto y finalidad	188
3.4.	Regulación legal en Colombia	192
3.4.1.	Elementos	194
3.4.1.1.	Elementos esenciales	194
3.4.1.1.1.	Bien inmueble	194
3.4.1.1.2.	Opción de compra	196
3.4.1.1.3.	Canon y precio	199
3.4.1.2.	Elementos naturales	202
3.4.1.3.	Elementos accidentales	202
3.4.2.	Características	204
3.4.2.1.	Características comunes entre el contrato de leasing habitacional y el contrato de arrendamiento de vivienda urbana	205
3.4.2.2.	Características comunes entre el contrato de leasing habitacional y el contrato de compraventa de bienes inmuebles	206
3.4.2.3.	Características comunes entre el contrato de leasing habitacional y el contrato de leasing financiero	207
3.4.3.	Las partes y sus obligaciones	208
3.4.3.1.	Obligaciones de la Compañía de Financiamiento Comercial autorizada	209
3.4.3.1.1.	Adquirir en pleno derecho la propiedad del inmueble objeto del contrato	210
3.4.3.1.2.	Entregar el inmueble al usuario a título de leasing habitacional	210
3.4.3.1.3.	Permitir y procurar el uso y goce pacífico e ininterrumpido del bien	211
3.4.3.1.4.	Transferir la propiedad del inmueble con la opción del compra del usuario	212
3.4.3.1.5.	Informar a los usuarios las condiciones de sus operaciones de leasing	213
3.4.3.2.	Obligaciones del usuario del contrato de leasing habitacional de adquisición de vivienda	215
3.4.3.2.1.	Pagar la cuota periódica	215
3.4.3.2.2.	Comunicar su decisión respecto a la opción de compra	216
3.4.3.2.3.	Restituir el bien objeto de leasing si no ejerce la opción de compra	216

3.4.3.2.4.	Conservar en buen estado el bien	216
3.4.3.2.5.	Efectuar todas las reparaciones y/o mejoras necesarias	217
3.4.4.	Garantías	218
3.4.5.	Requisitos	220
3.4.5.1.	Requisitos de validez	220
3.4.5.1.1.	Capacidad	220
3.4.5.1.2.	Consentimiento	221
3.4.5.1.3.	Objeto y causa lícita	222
3.4.5.2.	Requisitos de existencia	224
3.4.5.2.1.	Cosa	224
3.4.5.2.2.	Canon de leasing habitacional para vivienda urbana	226
3.4.5.2.3.	Opción de compra	228
3.4.5.3.	Requisitos de forma	228
3.5.	Aspectos comparativos con los contratos de compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles para vivienda urbana y leasing en general	231
3.5.1.	Aspectos sustanciales	237
3.5.2.	Aspectos formales	241
	Bibliografía	246

TABLA

INDICE DE TABLAS

1.1.	Vicios de consentimiento – errores	15
1.2.	Incapacidades	18
1.3.	Características del objeto	20
1.4.	Clasificación de los contratos	25
2.1.	Obligación de saneamiento o garantía	39
2.2.	Obligaciones del comprador	43
2.3.	Requisitos de compraventa de bien inmueble	54
2.4.	Obligación de entregar la cosa	70
2.5.	Mejoras e inmuebles arrendados	72
2.6.	Perturbaciones al derecho y usufructo del arrendatario	77
2.7.	El subarriendo y la cesión del contrato de arrendamiento	82
2.8.	Cosa - bien inmueble	93
2.9.	Disposiciones legales	130
2.10.	Criterios del análisis del contrato	136
2.11.	Criterios de la opción de compra	149
3.1.	Respecto a la naturaleza del bien objeto del contrato, sus características y funciones	194
3.2.	Opción de compra	196
3.3.	Requisitos de forma del leasing habitacional	229
3.4.	Efectos sustanciales mas determinantes	239
3.5.	Comparativo entre compraventa, arrendamiento y leasing inmobiliario	240
3.6.	Síntesis de los principales aspectos de leasing habitacional	243