

EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO EN COLOMBIA



EDWIN GIOVANNI DURAN BOHORQUEZ

**Monografía para optar al título de
Especialista en Derecho Comercial**

**Director :
DARIO LAGUADO MONSALVE
Abogado**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL**

2.004

EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO EN COLOMBIA



EDWIN GIOVANNI DURAN BOHORQUEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL
2.004**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

Nociones Generales

1. Antecedentes Históricos y Derecho comparado	13
1.1 Estados Unidos	15
1.2 Alemania	19
1.3 Francia	19
1.4 Italia	20
1.5 España	21
2. Concepto	
2.1 Definición Legal	22
2.2 Definición Jurisprudencial	23
2.3 Definición Doctrinal	24
3. Función Económica y su justificación	27

CAPITULO II

Aspectos característicos del Leasing

Clases de contratos de Leasing

1. Leasing Financiero	30
1.1 Elementos esenciales	30
2. Leasing Operativo	31
2.1 Elementos esenciales	31
3. Diferencia Fundamental en las dos clases de leasing	31
4. Aspectos Contables	31
5. Implicaciones Fiscales.....	33

CAPITULO III

Modalidades del Contrato de Leasing

1. Leasing Internacional o Cross Border Leasing	34
2. Leasing de Importación	34
3. Leasing de Exportación	35
4. Leasing Sindicado	35

5. Lease – Back	36
6. Leasing Inmobiliario	36
7. Leasing de Infraestructura	37
8. Leasing Apalancado o Leveraged	37
9. Leasing Municipal	38
10. El Dry Leasing y el Wet Leasing	38

CAPITULO IV

Descripción de la operación

1. Primera etapa	39
2. Segunda etapa	41
3. Tercera etapa	41

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

El Contrato de Leasing Financiero y su Naturaleza Jurídica

1. Teoría del Préstamo	43
1.1. Comodato o préstamo de uso	43
1.2. Mutuo o préstamo de consumo.....	44
2. Teoría del Deposito	45
3. Teoría de la Sociedad	45
4. Teoría de la compraventa	46
5. Teoría del arrendamiento.	48

6. Teoría del contrato mixto.	49
------------------------------------	----

CAPITULO II

Características del Contrato de Leasing Financiero

1. Atípico	51
2. Bilateral	51
3. Consensual	51
4. Oneroso	51
5. Conmutativo	51
6. De tracto sucesivo	51
7. De Naturaleza Mercantil	51

CAPITULO III

Elementos para la formación y validez del contrato de Leasing Financiero

Elementos Genéricos

1. Las partes	52
1.1. La sociedad de Leasing	52
1.2. El Locatario	53
1.3. El proveedor	54
2. El Consentimiento	55

2.1.	Perfeccionamiento	55
2.2.	Otras condiciones del consentimiento	56
3.	Objeto del Contrato	58
3.1.	El bien entregado en arrendamiento financiero	58
3.2.	El precio	59
3.3.	Teoría de la imprevisión o de la cláusula “ <i>rebus sic stantibus</i> “.....	60

Elementos Específicos

1.	Opción de Compra	61
1.1.	Precio	61
1.2.	Plazo	62
2.	Término inicial	63

CAPITULO IV

Cláusulas Accesorias del Contrato de Leasing Financiero

1.	Pagarés y garantías personales	64
2.	Seguros	65
3.	Sanciones y/o cláusula penal	66
4.	Cláusulas de adhesión	67

CAPITULO V

Obligaciones originarias del contrato de leasing financiero

1.	Obligaciones de la Leasing	69
1.1.	Adquirir el bien del proveedor	69
1.2.	Entregar los bienes al Locatario	70
1.3.	Garantizar la tenencia del Bien a los locatarios	70
1.4.	Recibir el Bien al momento de expiración del Plazo	71
1.5.	Permitir ejercer la opción de adquisición u opción compra	71
2.	Obligaciones del proveedor	72
2.1.	Entregar la cosa	72
2.2.	Saneamiento	72
2.2.1	Saneamiento por Evicción	72
2.2.2	Saneamiento de Vicios redhibitorios	73
3.	Obligaciones del Usuario	74
3.1.	Escoger el bien que va ser entregado en arrendamiento.	74
3.2.	Pago de la renta	74
3.3.	Conservación y destinación adecuada de los bienes	76
3.4.	Mantenimiento del Bien	76
3.5.	Asumir las obligaciones y derechos desplazables	77
3.6.	Restituir el bien una vez finalizado el término del contrato	77
4.	Causales de Terminación del contrato	78
4.1.	Ineficacia y disolución	78
4.2.	terminación Normal	80

4.2.1. La creación de un nuevo contrato	81
4.2.2. Hacer uso de la Opción de compra	82
4.3. Terminación Anticipada o irregular	82
4.3.1 Resolución por incumplimiento del Contrato	83
4.3.1.1. Resolución legal	84
4.3.1.2. Resolución Convencional	84

TERCERA PARTE

CAPITULO I

Aspectos Procedimentales

1. Trámite al que se ciñe su ejecución	87
2. Carga Procesal Artículo 424 del Código de Procedimiento Civil	87
2.1 Análisis Jurisprudencial Corte Constitucional	89
3. Representación de los locatarios en procesos de restitución, por intermedio de curador ad-litem y la carga procesal del 424 ibídem.	91
4. De la Responsabilidad Civil Extracontractual de las compañías Leasing, derivada de los accidentes de tránsito, por imprudencia de los bienes entregados en arrendamiento.	92
5. El cobro de los cánones de arrendamiento por vía ejecutiva y la ley 794 de 2003.	96

6.	Cobro de intereses moratorios sobre cánones de arrendamiento	98
7.	Venta del bien por parte del usuario	101
8.	El Leasing y los Procesos Concursales	102
8.1	El Concordato (Ley 222 de 1995) y el Contrato de Leasing	103
8.2	El Acuerdo de Reestructuración o ley 550 y el Contrato de Leasing	108
8.3	La liquidación Obligatoria y el Contrato de Leasing	117
9.	Conclusiones	119
10.	Bibliografía	121
11.	ANEXOS	124

INTRODUCCIÓN

Después de celebrar en Colombia la segunda década del surgimiento del Contrato de Leasing Financiero, hemos podido observar que muchos profesionales en el área del derecho, y a su vez estudiantes de Pregrado y Postgrado, desconocen las bondades que ésta figura contractual entraña, y que a juicio de muchos estudiosos de la materia y del autor propio, pueden servir como mecanismo para la reactivación económica de nuestro país, ya que por este medio puede dotarse a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de maquinaria e insumos, en pro de facilitar y mejorar el nivel de explotación de sus productos agrícolas y manufactureros, contribuyendo de esta forma a mejorar el alto índice de desempleo por el que atravesamos.

Ante el mencionado desconocimiento del contrato, hemos observado que nuestros legisladores no han demostrado el suficiente esmero para la creación de un proyecto de ley que pueda dilucidar muchas situaciones que se presentan en el desarrollo de dicha contratación y que algunas veces han puesto en peligro los intereses patrimoniales de la clase obrera, al obligar a los Juzgadores a emitir providencias carecientes de sustento legal, puesto que nos encontramos ante un contrato de naturaleza atípica.

Por éstas y por otras muchas bondades y situaciones que desencadena y que en el transcurso de la presente investigación trataré de demostrar, es que ha surgido la iniciativa de investigar el contrato de Leasing financiero, partiendo de la concepción y del análisis efectuado por algunos autores que se han preocupado por su estudio en países como Estados Unidos de Norte América, - donde tuvo su nacimiento ya hace más de cincuenta (50) años, Alemania, Francia, Italia y

España, país éste último donde se ha desarrollado e investigado de una manera influyente sobre las demás naciones Europeas y Americanas.

Atravesando por el análisis de sus cláusulas tanto principales como accesorias, sus características, elementos esenciales, obligaciones de las partes y causales de terminación.

Descendiendo en un estudio que pretende ser novedoso, como es el trámite procesal por el que se ha ceñido su ejecución en los diversos estrados judiciales de nuestro país, enfatizando en temas de importancia como son, la Responsabilidad Civil Extracontractual de las compañías de Leasing en Colombia, por tener el carácter de propietarias de los bienes entregados en arrendamiento, y por tal virtud, llamadas a responder por los daños y perjuicios derivados especialmente de actividades peligrosas; y en algunos otros temas como son el contrato de Leasing y los procesos concursales de que tratan la ley 222 de 1995 y la ley 550 de 1999 o de reestructuración empresarial, entre otros temas que han sido observados como de particular ocurrencia en nuestros estrados judiciales, utilizando como fuentes a diversos autores nacionales e internacionales y pronunciamientos de diversos Juzgados, Tribunales y altas Cortes de nuestro país.

Investigación que esperamos sirva de fuente a estudiantes y particulares que deseen profundizar sobre el tema.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

El Leasing como mecanismo para la reactivación económica

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Muchos estudiosos de esta figura contractual, remontan su nacimiento, a 5.000 años a.C. cuando los terratenientes ante su imposibilidad de explotar directamente sus latifundios, preferían entregar bajo esta modalidad de arrendamiento el total o una parte de sus bienes a los agricultores, recibiendo en contraprestación un canon que consistía en un porcentaje de las cosechas cultivadas, (un séptimo $1/7$, un octavo $1/8$ y hasta una tercera parte $1/3$).

Similar situación se presentaba en la zona del Tigris, Eufrates y el Golfo Pérsico, cuando los propietarios de los barcos (medio de transporte más usual en dicha época) entregaban en arrendamiento su explotación comercial y marítima, recibiendo en contraprestación un canon. (Conocido actualmente con el nombre de *BARE BOARD CHARTER*)

Sin embargo, la modalidad de leasing que hoy conocemos, para casi la totalidad de los autores y estudiosos del tema, nace en Estados Unidos de América, como consecuencia de su tipo de economía, desarrollo y de una serie de factores que son expuestos de la siguiente manera por Jacques Colliot, en su obra *el Leasing*:

- “ Un mercado de capitales a mediano plazo restringido e inaccesible.
- Una legislación Fiscal particularmente rigurosa en materia de amortizaciones.

- Una economía muy prospera con altas tasas de beneficios, y
- Empresas obligadas a una rápida renovación de sus bienes de equipo debido a un progreso científico vertiginoso”¹

Factores que incidieron para que en 1920, la firma *Bell Telephone System*, emprendiera el desarrollo del Leasing operativo, ya que en lugar de vender sus equipos prefirió entregarlos bajo esta modalidad de arrendamiento. A su turno empresas como la *International Business Machines* (IBM), y la *United States Shoes Machinery* (1945), continúan con el desarrollo del Leasing operativo.

La figura del Leasing Financiero, tiene su invención en 1952, en manos del Señor D.P. Boothe Jr, propietario de una pequeña fabrica de productos alimenticios en California, a quien el ejercito Estadounidense, después de haber finalizado la guerra de corea, le hace un enorme pedido de sus productos, pero ante la imposibilidad de contar con la maquinaria requerida para su embalaje y acondicionamiento, procede a contactar con proveedores que le podían ceder las maquinas con un cargo al producido que sumados cubrían los gastos y le daban ganancia, contando al final el señor Boothe. Jr con la opción de prorrogar el término de utilización de la maquinaria disminuyendo el valor del canon inicialmente pactado ó comprarla por un valor ínfimo, al valor comercial del bien.

Ante la mencionada imposibilidad el señor Boothe, concluye que al igual que él, muchas otras empresas podrían encontrarse en la misma situación, razón por la que en compañía de tres socios nace la *United States Leasing Corporation*, creada con un aporte social individual de 20.000 dólares, y con prestamos por alrededor de 500.000 dólares, recibiendo como contraprestación y/o utilidad financiar bienes a diferentes empresas por mas de dos millones de dólares al cabo de dos años.

¹ COILLOT, Jacques. El leasing. Traducción Pérez Ruiz Tomás, Madrid, Editorial Mapfre, S.A. 1974 Página 20.

Ante la negativa respuesta de ampliación de la empresa en el mercado, por parte de sus socios, Boothe, crea en San Francisco una nueva empresa la *Boothe Leasing Corporation*, capitalizada mediante colocación de acciones en el público, contando para 1961, con mas de 2700 clientes y más de sesenta y seis millones de dólares en contratos vigentes.

“El leasing en Colombia empezó a practicarse desde el año 1973 con algunas compañías como: City Corporation, Leasing de Colombia, Leasing Mazuera, Leasing Bolivar y Arrendadora Financiera Santander. En virtud de la estructura fiscal Colombiana, el atractivo tributario de esta técnica de financiación no es tan significativo como en otros países, pero esto es compensado por la inflación estructural de nuestra economía y de otro lado por la escasez de recursos crediticios a mediano plazo”².

Derecho Comparado

Para el siguiente estudio comparado se hace necesario citar el tercer tomo de la obra, **Aspectos Jurídicos de Los contratos Atípicos** de los profesores Eduardo Chulíá Vicént y Teresa Beltrán Alandete, obra editada en el año de 1999 por José Maria Bosh, ya que en la mencionada obra se efectúa un estudio concienzudo de lo que ha sido está figura contractual en países como Estados unidos de América, Alemania, Francia, Italia y España.

1.1. Estados Unidos

“El origen del fenómeno jurídico llamado leasing para algunos autores (Como Giovanoli) fue en 1936, como instrumento financiero utilizado por la cadena

² ESCOBAR GIL, Rodrigo Alonso. El contrato de Leasing Financiero. Bogotá Colombia: pontificia Universidad Javeriana. Tesis de grado.1987

californiana de Supermercados “*Safeway Inc*” La formula empleada era “*Sale and Leasing Back*” este contrato atípico de leasing, llamado en España de retro, se baso en dos puntos fundamentales:

1º - Las razones Fiscales; 2º El formalismo Jurídico del ordenamiento Estadounidense, como consecuencia de la influencia directa del derecho inglés, el desarrollo tecnológico y la consecuente necesidad de equipamiento en un contexto de carencia de capitales en las propias empresas.

El profesor Gustavo Villapalos en el prólogo de la Obra (Aspectos Jurídicos de los contratos de Leasing) cita como antecedente a estos contratos a la “Ley de Préstamos y Arriendos de 1941” La finalidad de esta ley es la siguiente: En plena Guerra Mundial, Inglaterra necesitaba imperiosamente adquirir barcos de guerra para su flota, muy mermada por los ataques alemanes. La venta por parte de los Estados Unidos era imposible por que una ley vigente prohibía vender material de guerra a las naciones en conflicto; la dificultad se obvió, mediante dicha “ley de Préstamo y Arrendamiento” Estados Unidos alquilo cincuenta destructores al Reino Unido, a lo largo del Plazo, con una opción de compra al finalizar el arriendo.

Es a finales de la II Guerra Mundial cuando tiene mayor auge el Leasing en Estados Unidos (La primera empresa de Leasing se crea en 1952) aunque ya en 1945, la “Allied Stores Corporation” vende todos sus inmuebles a una fundación universitaria y simultáneamente se los vuelve a realquilar por un plazo de treinta años, con opción de renovación y con inclusión de una opción de compra. Se trata del denominado Leasing de retro.

Aunque inicialmente tuvo finalidad meramente locativa (*to lease*: significa arrendar), posteriormente se transformo en sofisticadas operaciones, dando lugar a múltiples tipos de leasing (de retro, apalancado, sin fronteras e.t.c.)

Como señala Frederic Whitney, en "*The Law of Modern Commercial, practices*" muchos vendedores han recurrido frecuentemente a la artimaña de concertar un contrato en forma de Leasing ya sea con opciones a favor del comprador para adquirir por una pequeña cantidad al final del plazo un bien, siempre que las rentas hayan sido debidamente pagadas; ya sea con estipulaciones de que si se paga la renta, la propiedad se transmitirá automáticamente al arrendatario. En casi todos los Estados, los Jueces han sentenciado en el sentido de considerar que si se incluye la obligación de ejercitar la opción de compra, se trata de una condición especial.

Todo lo anterior crea la necesidad de legislar el "*Uniform Commercial Code*" que intenta superar los conceptos de venta con garantía personal y arrendamiento financiero con opción de compra. Las ideas esenciales son las siguientes: a) Las diferencias que separan las dos garantías deberán ser suprimidas y sustituidas por el simple concepto de seguridad en la persona deudora; b) todos los tipos de garantía personal ya sea por el uso o para la venta deberán ser reconocidos. El fin de la mencionada ley, es proporcionar una estructura simple y unificada, en la que se pueda incluir la inmensa variedad de garantías en las operaciones de compraventa y arrendamiento con el menor corte. Según el "*Code*" en toda operación existe: 1. Un deudor, esto es, la persona que recibe el dinero y garantiza su devolución por medio de una propiedad; 2. el financiero o prestamista que otorga el crédito, asegurándose su devolución; 3. una garantía mobiliaria o inmobiliaria que el deudor otorga al acreedor para asegurar el pago, y 4. la propiedad (mueble o inmueble) sujeta al derecho de garantía, la cual consta en documento público o privado.

Pese a este intento de aclaración de conceptos, con relación a los contratos de leasing continúan los problemas, especialmente para la jurisprudencia Norteamericana. Siguiendo con Luis Rojo Jauría, la Financiera Reiser arrienda a la

compañía Marhoefer varios bienes de equipo para la fabricación de salchichas, y se establecen pagos mensuales de 665 dólares por cuarenta y cinco meses y si al final la Empresa arrendataria no adquiere las maquinas deberán ser devueltas en el mismo estado en que se recibieron. Otras cláusulas eran: 1º Impuestos y Tasas por cuenta del comprador arrendatario; 2º el equipo estaría en el domicilio social del adquirente; 3. garantía de noventa días por mano de obra y materiales; 4. de no cumplirse las condiciones pactadas la Compañía financiera tiene derecho a rescindir el contrato; 5. en caso de impago o quebrantamiento de las condiciones el arrendador podrá penetrar en los locales de la arrendataria, procediendo a retirar la maquinaria. En el transcurso de este contrato la empresa Marhoefer se constituye en quiebra. La Compañía financiera insta de los comisarios de la quiebra la retirada de los bienes muebles; al no haber acuerdo acuden al Tribunal de Distrito el cual dicta sentencia declarando que el contrato no era de Leasing sino de compraventa con garantía y que por tanto no procede la restitución de la maquinaria al vendedor, luego, esta sentencia se basa en el espíritu del contrato, no en la denominación del contrato mismo. No obstante, esta sentencia fue muy criticada por la Doctrina³. El tratamiento dado por nuestra Legislación Colombiana tal y como lo veremos mas adelante, es diferente al dado en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que por ser el contrato de arrendamiento financiero o “leasing” de Naturaleza atípica, prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre y cuando no se contraríen las normas y las buenas costumbres y se cumplan además con una clase de requisitos que en la costumbre mercantil han sido reconocidos como de la naturaleza del contrato, tales como, el establecimiento de un canon de arrendamiento en contraprestación de la tenencia del bien dado en arrendamiento, por un periodo determinado, la estipulación del valor de la opción de compra, (la que deberá ser efectuada al final de la contratación y por un valor ínfimo al valor comercial del bien dado en arrendamiento), o la obligación del locatario de restituir el bien a la Compañía

³ CHULIA VINCENT, Eduardo, BELTRAN ALANDE. Teresa, Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos. Editor Bosch José Maria. Barcelona 1999 Pág. 11 - 13

Leasing al momento de la finalización del contrato sino se hace uso de la mencionada opción de compra.

1.2. Alemania:

Las primeras compañías de Leasing surgen en 1962, pero es a partir de 1968 que empieza a desarrollarse la actividad, adoptándose un tratamiento similar al otorgado por nuestra legislación Colombiana, ya que hasta 1971, con la expedición de un decreto que regulo este tipo de negociaciones, se califico al contrato como de naturaleza atípica, viéndose reglado por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

El Decreto en cuestión nace por el auge de la figura en ese país y a iniciativa de una sentencia proferida en el año de 1970 por Bundesfinanzhof, en el que se hace prudente citar las características del contrato señaladas en ese pronunciamiento: a) El Contrato se celebra por una duración semejante a la vida útil del bien; b) durante el periodo de vigencia, el usuario no tiene derecho a resolver el contrato por propia voluntad, y siempre que no existan causas de fuerza mayor; c) los pagos se calculan para que al final del contrato se hayan cubierto los costos de la financiera y los intereses del capital; d) el usuario soporta la perdida y deterioro posible del bien; e) y por último, en caso de mora o de quiebra se entienden vencidos todos los plazos pendientes.

1.3. Francia

Nace en 1962 con la firma Locafrance, a iniciativa de Bancos, Compañías de Seguros y grupos Independientes. A diferencia de Alemania y Colombia, si se encuentra reglada desde su nacimiento con la ley del 2 de Julio de 1966 y la denominada Credit – Bail. La que se encarga en definir el contrato en su artículo 1º de la siguiente manera “ Operaciones de Credit – Bail reguladas por la presente

ley son las operaciones de arrendamiento de bienes de equipo, de utillaje, o de bienes inmobiliarios de uso profesional, especialmente comprados con vista a este alquiler por empresas que permanecen propietarias de tales bienes cuando las operaciones, cualquiera que sea su denominación, dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados por un precio convenido teniendo en cuenta, al menos en parte, las entregas efectuadas a título de alquileres” Posteriormente, el Decreto de 4 de Junio de 1972 establece los requisitos de la publicidad de las operaciones de Credit – Bail, estableciendo al efecto las oficinas pertinentes y siendo la inscripción de los contratos a cargo del propietario – arrendador, estipulando que si el mismo no inscribe el contrato no puede oponer sus derechos a terceros acreedores del arrendatario. En este sentido la sentencia del tribunal de Comercio de la Rochelle de 1964 que niega el derecho a retirar los bienes sino han sido debidamente inscritos”⁴.

1.4. Italia

Debido a la crisis sufrida por este país en los años 70, no fue muy significativo su desarrollo, pero es a partir de la ley del 5 de Noviembre de 1978 (Ley que rige este tipo de contratos), cuando empieza a fortalecerse.

El artículo 17 de la ley precitada define el contrato de la siguiente manera: “ el leasing como las operaciones de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles adquiridos o hechos construir por el arrendador, a elección o indicación del arrendatario que asume todos los riesgos sobre los bienes arrendados al final del arrendamiento mediante el pago de un precio prefijado. Al final del contrato las instalaciones objeto del arrendamiento financiero pueden ser compradas por el arrendatario por un importe igual al uno por ciento de su valor de compra”

⁴ Ibid., Pág. 14

Los contratos de Leasing han sido apoyados de manera considerable por el Gobierno Italiano, hasta el punto de financiar las adquisiciones de equipos, con el objeto de promocionar zonas o polígonos industriales.

1.5. España

“ La creación de la sociedades Alquelinsa y Alquiber a mediados de los 60, fue el inicio de este contrato en España.

No obstante, tenemos que advertir que la introducción del “Leasing” en España se produce con notable demora, debida al retraso en la recuperación económica de la nación que careció de los beneficios del plan Marshall que tanta ayuda proporcionó al resurgimiento económico de Europa. Hasta 1960 España estaba viviendo económicamente un régimen de autarquía, con una industria obsoleta y con unos intercambios comerciales limitados estrictamente a lo esencial para subsistir: importaciones de cereales y petróleo, compensadas con exportaciones de agrios, única fuente de divisas del estado español.

El despegue económico se inicia por los años 60, finalizando el plan de estabilización elaborado por los ministros Ullastres y Navarro Rubio que pese a su rigor, sanearon indudablemente la economía Española. Se introduce la modalidad de ventas a plazos de bienes muebles: frigoríficos, lavadoras, televisores e.t.c.

Como consecuencia, el 17 de Julio de 1965, la Jefatura del estado dicta la Ley sobre venta de Bienes Muebles a Plazos. En la Exposición de Motivos indica que es cuestionable la importancia que ha alcanzado el crédito, constituyendo una de las bases en que se asienta la vida social. Considera que una de las modalidades del crédito es el de la venta de bienes muebles corporales a plazos, factor importante en los planes de desarrollo económico.

Las causas económicas del crecimiento del leasing en España pueden explicarse a través de los siguientes fenómenos:

- Tendencia decreciente de los tipos de intereses que ha abaratado el coste del dinero para las sociedades arrendadoras y de este modo el coste financiero de las operaciones.
- El alto grado de competitividad del sector, reducción de los costes de exportación y márgenes financieros, diversificación de oferta.
- Transformación del leasing en una operación alternativa a las formas tradicionales de financiación.
- Un mayor conocimiento de las características esenciales del contrato, ventajas fiscales económicas y financieras⁵.

2. CONCEPTO

DEFINICIÓN DEL CONTRATO.

2.1 Definición Legal

Como primera medida se hace necesario resaltar que el contrato de Leasing forma parte de la lista de los denominados contratos atípicos, por lo que no encontraremos ninguna disposición legal que sirva para emitir un concepto jurídico al respecto. Tan solo Decretos como el 148 de 1979 y actualmente el 913 de 1993, lo han definido pero de ninguna manera se han detenido a reglarlo, razón por la que se hace necesario traer a consideración conceptos mas profundos sobre el contrato, verbigracia el enseñado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, y por algunos estudiosos de la materia, con el fin de introducirnos un poco en el tema:

⁵ Ibidem., Pág 15 - 16

El Decreto 148 de 1979 lo define como: "El consistente en el arrendamiento 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 del mismo bien, cuyo precio deberá tener en cuenta el monto de los cánones de arrendamiento".

El decreto 913 de 1993 por su parte lo define en su artículo segundo de la siguiente manera: " Entiéndese 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 periodo una opción de compra".

En el anterior orden de ideas, debe estarse en primer lugar a lo convenido por las partes en el respectivo contrato en lo atinente a su constitución, desarrollo y cumplimiento, siempre y cuando las cláusulas contractuales no contravengan el orden público y las buenas costumbres.

2.2. Definición Jurisprudencial

La Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia 6462 de Diciembre 13 de 2.002, ha definido al Contrato de Leasing, como un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad – autorizada por la ley – para celebrar este tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal – mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, *lato sensu*, necesariamente productivo – por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrán adquirir , *in actus*, la propiedad de la misma, previo desembolso de

una suma preestablecida en dinero, inferior – por supuesto – a su costo comercial (valor residual⁶), sin perjuicio de la posibilidad de renovar, *in futuro*, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes.

2.3. Definición Doctrinal

A su turno La Federación Colombiana de Compañías Leasing, FEDELEASING, ha denominado al Leasing como el contrato en virtud del cual una parte entrega a la otra un activo productivo para su uso y goce, a cambio de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento, el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si éste último decide ejercer una opción de adquisición que, generalmente se pacta a su favor.

El Profesor Carlos Vidal Blanco define al leasing como “el Contrato mercantil en virtud del cual un empresario, cumpliendo instrucciones expresas del presunto arrendatario, compra en nombre propio determinados bienes muebles o inmuebles, para que, como propietario arrendador, los alquile al mencionado arrendatario, para que éste los utilice por un período irrevocable a cuyo término tendrá la opción de adquirir la totalidad o parte de otros bienes arrendados, por un precio convenido previamente con el propietario arrendador, considerándose que todos los desembolsos que efectúa el futuro arrendador son por cuenta del presunto arrendatario hasta la iniciación del período de arrendamiento”⁷.

Igualmente EL profesor Broseta Pont, Manuel, lo define como “ la existencia de una operación de financiación a mediano o largo plazo, mediante la cual quien necesita un bien (normalmente maquinaria o bienes de equipo) contrata con un

⁶ También denominado por las Compañías de Financiamiento Comercial “ Leasing” como opción de adquisición o de compra.

⁷ VIDAL BLANCO, Carlos. El leasing. Universidad Complutense de Madrid. Tesis de Doctorado, 1977. Ministerio de Hacienda; Instituto de Estudios Fiscales, Instituto de Planificación Contable, Pág. 56.

intermediario financiero para que éste lo adquiera del fabricante, con el fin de cederle su uso por tiempo determinado durante el pago de un canon”⁸

Segurado Llorente Juan, lo define como “una financiación destinada a ofrecer a los industriales y a los comerciantes un medio flexible y nuevo de disponer de un bien de equipo alquilado en vez de comprarlo. Esta operación es realizada por sociedades especializadas que compran el material siguiendo las instrucciones del futuro usuario alquilándolo durante un plazo convenido y mediando la percepción de un canon fijado en el contrato y que debe reservar al arrendatario una opción de compra sobre el material al término del período inicial”⁹

Serge Roling habla de “ financiación destinada a ofrecer a los industriales y a los comerciantes un medio flexible y nuevo de disponer de un bien de equipo alquilándolo en vez de comprarlo. Esta operación es realizada por sociedades especializadas que compran el material siguiendo las operaciones del futuro usuario, alquilándose durante un plazo convenido y mediando la percepción de un canon fijado en el contrato que debe reservar al arrendatario una opción de compra sobre el material al término del período inicial”¹⁰

En Colombia Sergio Rodríguez, Define el contrato de Leasing “como aquel por el cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que 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 de adquirir los bienes en su poder”¹¹

⁸ BROCEA PONT, M., Manuel de Derecho Mercantil, 6ª edición. Madrid 1985.

⁹ Ob. Cit.

¹⁰ ROLING, Serge El Leasing, Ed. Pirámide, Madrid, 1974, Traducción de Tomás Pérez Ruiz. Pág. 18 Citado por la Asociación Bancaria de Colombia, El Leasing Arrendamiento Financiero 4ª edición 1982 Pág. 11.

¹¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, Biblioteca Felabán, Ed. Redactores Asociados Ltda., Bogotá 1977, Pág. 487.

Por otra parte Rodrigo Escobar Gil lo denomina como “una fórmula financiera a mediano o largo plazo, en virtud de un contrato mercantil, en la que una sociedad especializada se obliga a adquirir la propiedad de un bien de equipo, cuyo proveedor y caracteres técnicos son señalados por el futuro usuario, y a conceder a éste su tenencia y disfrute a cambio de una remuneración periódica durante el término inicial que corresponde a su amortización, con una opción de compra final del período a favor del usuario”¹²

Para finalizar el profesor Isaías Chávez Vela denomina el contrato como aquel “en virtud del cual una empresa arrienda a un cliente un equipo por el término de la vida útil del mismo, plazo que es irrenunciable o que lo sería solamente bajo una rigurosa penalidad. El canon se fija de una manera tal que el arrendador recobre la totalidad o la mayor parte del costo de adquisición del equipo junto con los gastos del manejo del contrato en que incurra y un margen de ganancia. Jurídicamente es un negocio complejo integrado por varios contratos típicos ya regulado por el derecho civil y mercantil en el que goza de vital preponderancia la autonomía de la voluntad privada de los intervinientes, y por eso, la mejor fuente normativa es el documento que la contiene”¹³.

En este orden de ideas podríamos concluir que el contrato de Leasing, es un contrato atípico pero de naturaleza mercantil, en virtud del cual, una Compañía de Financiamiento Comercial “Leasing”, adquiere un bien - de naturaleza productiva – a solicitud de un presunto locatario que puede ser una persona Natural o Jurídica, para que ésta – la Leasing – una vez sea la titular del derecho dominio le entregue su tenencia, recibiendo en contraprestación del locatario, una suma determinada de dinero, de manera periódica, a título de canon de arrendamiento, por un lapso de tiempo determinado. Otorgándose además por parte de la Leasing al Locatario

¹² ESCOBAR GIL, Rodrigo. “El contrato de Leasing Financiero”, Editorial Temis, Bogotá, 1984, Página 99.

¹³ Revista de Derecho Económico. Asociación de derecho económico. Ediciones Librería del profesional. Volumen 9. 1989.

la opción de que una vez culminado el plazo inicialmente pactado pueda optar, bien sea por restituir el bien a la Leasing, por prorrogar el plazo del contrato, o solicitar le sea transferida la titularidad del derecho de dominio a cambio de pagar una suma ínfima de dinero – inicialmente pactada en el contrato - a título de opción de adquisición, u opción compra.

3. Función Económica y su Justificación

El creciente proceso de modernización que caracteriza a la sociedad, provoca una mayor diversificación en la actividad económica. Al lado de todo ese avance en la actividad, los mecanismos clásicos de financiación quedan insuficientes. Aparecen también nuevas formas de financiación de la actividad productiva¹⁴.

Surge el *Leasing*, como una nueva forma de financiación, ofreciendo al usuario la posibilidad de agregar otra línea de crédito a las que tiene a su disposición, muy apropiado para adelantar - o apalancar – procesos de reconvención industrial, en cuanto permita el acceso al crédito.

El bien que será objeto de *Leasing* debe tener aptitud tal, que proporcione los rendimientos necesarios para cubrir el costo de la amortización, más los beneficios esperados ante un normal funcionamiento de la empresa. Es el propio equipo el que se va a autofinanciar con los mayores ingresos que proporcione. Así se cumple la regla de oro del *Leasing* acuñada en la expresión anglosajona *pay as you earn*¹⁵.

Para infortunio de la figura encontramos que en Colombia, se está pasando por alto su naturaleza económica, ya que la gran mayoría de los contratos celebrados a pesar de utilizar los mismos elementos jurídicos, no cumplen con la mencionada función económica, en especial lo acaecido con automotores, ya que se adquieren

¹⁴ VIDAL BLANCO, Carlos. Estudio Económico. Sociedades de Leasing. Editorial Ministerio de Hacienda. Madrid Pag. 217.

¹⁵ ARRUBLA Pagar Jaime Alberto, Contratos Mercantiles Tomo II, Contratos Atípicos Tercera Edición 1.998 Bibiloteca Jurídica DIKE.

bajo ésta modalidad de crédito, vehículos que no están destinados a producir algún tipo de rendimiento, sino que por el contrario el único fin buscado es el de evadir cargas fiscales, o que el bien no sea embargado por alguna acreencia a cargo del deudor. (ya que la Leasing nunca pierde la titularidad del derecho de dominio).

Lo importante y necesario para la actividad económica no es la propiedad sobre los bienes del equipo, sino su utilización y en este sentido el *leasing* representa una evolución mental contraria a los principios tradicionales de propiedad¹⁶. En la actividad económica, la elección entre la propiedad de los bienes de equipo y cualquier otro título que facilite su utilización, aunque no se tenga la propiedad, ha de fundamentarse únicamente en criterios económicos.

Los fines primarios de la empresa deben ser el obtener una mayor producción, un menor costo, mayores ventas, mejor servicio, actualidad del producto, mejoras tecnológicas etc, Para cumplir todos estos objetivos, será necesaria la utilización de equipos mas modernos, más capaces e idóneos para cumplir con su función, pero en ningún caso será indispensable su propiedad. Por todo ello, podemos predicar las ventajas del *Leasing*¹⁷.

Es así, como el Leasing, cumple con una de las características de la moderna contratación y es la de apartar al comerciante de esa mentalidad obsoleta, consistente en que para su desarrollo empresarial es necesaria la propiedad sobre sus medios de producción, ya que los recursos – capital de trabajo - que puede destinar para la compra de la maquinaria (que bien puede ser obtenida bajo la figura del Leasing), podría ser utilizada en inversiones o en otra necesidad propia y urgente de la empresa.

¹⁶ VIDAL. Ob. Cit. Página 220.

¹⁷ PEREZ RUIZ, T. Leasing: Una nueva formula de financiación. Gaceta del Europeo No 85, 1.970.

En el evento en que un comerciante pretenda poner en marcha su empresa y necesite para dicho fin, adquirir bienes de producción, deberá estudiar ciertas posibilidades de tipo económico como pueden ser:

1. Comprar los bienes con recursos propios de la compañía; pero con los adelantos tecnológicos, en poco tiempo estarían obsoletos, la carga fiscal para la compra de los mismos es considerable, y debería entrar a estudiarse la factibilidad de la venta de la maquinaria una vez terminada de pagar, para con el producto de está (la venta), adquirir una nueva, ajustada a los adelantos tecnológicos requeridos.
2. Como segunda opción, podría solicitar un crédito a una entidad bancaria; pero igualmente la carga fiscal que afronta como Impuesto a las Ventas y complementarios es alta, con el transcurrir del tiempo y los actuales adelantos tecnológicos la maquinaria adquirida con facilidad puede resultar obsoleta, el cambio por otra mas nueva en el futuro puede ser alto.
3. Valerse del leasing, Será la más aconsejable? Tal vez tenga muy buenas opciones al final del análisis económico.

En un país como el nuestro, en el que se presenta un alto índice de desempleo, de crisis de inversión extranjera y de falta de apoyo económico para los empresarios y profesionales, causados muy seguramente a raíz del paramilitarismo, de la guerrilla, de la corrupción, o de otras actividades delictivas generadas muy seguramente a falta de educación, nace la creación de empresa y con ella la figura del leasing como un instrumento idóneo para la adquisición de bienes susceptibles de producción y de generación de empleo para promover la importación de los bienes y recursos naturales en los que es rico nuestro país y que muy seguramente servirán para salir de la crisis económica por la que atraviesa.

CAPITULO II

Aspectos característicos del Leasing

CLASES DE CONTRATO DE LEASING:

La doctrina y en especial la Federación Nacional de Compañías Leasing, ha señalado dos clases de Operación de Leasing, y de éstas sus modalidades, las que se hace necesario previo a seguir adelante con el estudio del tema en general del Contrato, señalarlas de una forma muy general:

1. Leasing Financiero: En el que se centra la presente investigación y que hemos tratado de identificar anteriormente, pudiéndolo resumir como un contrato en virtud del cual, una compañía de financiamiento comercial, denominada LA LEASING, entrega a una persona natural o jurídica denominada 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 cuyo vencimiento, el locatario tendrá derecho a adquirir el activo por el valor de la opción de adquisición.

1.1. Elementos esenciales:

- a) La entrega del bien para su uso y goce.
- b) El establecimiento de un canon periódico que lleva implícito el precio del derecho a ejercer una opción de adquisición.
- c) La existencia, a favor del locatario, de una opción de adquisición al terminarse el plazo pactado en el contrato, que podrá ejercer siempre y

cuando cumpla con la totalidad de las prestaciones a su cargo. O de lo contrario devolver el bien objeto del contrato.

d) Que el bien objeto del Leasing sea susceptible de producir renta.

2. 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.

2.1 Elementos esenciales:

- a) La entrega del bien.
- b) El pago de un canon o precio de arrendamiento.
- c) La vocación del bien para producir renta.

3. Diferencia Fundamental entre las dos Clases de Leasing:

La diferencia fundamental radica en que en el Leasing Financiero siempre lo constituye una opción de compra a favor del Locatario pactada desde el inicio del contrato, mientras que en el operativo sólo se presenta esta opción excepcionalmente, y de existir, es por el valor comercial del bien (Opción de Compra).

Como consecuencia los cánones en el Leasing Financiero incluyen una parte del precio del derecho para ejercer la opción de adquisición; al paso que en el Operativo se pacta libremente el canon con base en el tipo de bien que se trate.

4. Aspectos Contables

Se constituye como uno de los atractivos más importantes de este modelo de financiación, sobre los demás sistemas de crédito, ya que, al no ser el Locatario el titular del derecho de Dominio del bien entregado en arrendamiento, tampoco está en la obligación de enlistarlo dentro del activo social, ni los cánones de arrendamiento dentro de su pasivo, permitiéndole al comerciante presentar unos balances más favorables, ya que estos últimos – cánones de arrendamiento - deberán descontarse del estado de pérdidas y ganancias de la empresa, como gasto de explotación, por lo que el nivel de endeudamiento del comerciante o de la sociedad permanece intacto. Tan solo recae como consecuencia de dicha figura el hecho de que el locatario tampoco podrá entregar como garantía del pago de sus obligaciones el bien entregado en arrendamiento Financiero Leasing.

“Algunos miran las operaciones de Leasing con cierto recelo porque al no figurar los compromisos de pago en el balance, el negocio se convierte en una especie de crédito no declarado y que solo mediante un minucioso estudio de las cuentas de ingresos y egresos es posible deducir la existencia de tales obligaciones. Por este motivo, en países donde el Leasing es corriente y alcanza sumas elevadas, se ha suscitado la inquietud de que es necesario que se hagan aparecer, fuera de balance, en alguna forma, las operaciones de arrendamiento financiero”.¹⁸

“Algunos autores piensan que el negocio de leasing, origina en la empresa que recurre a él, un doble cargo. En la cuenta de explotación deben anotarse las anualidades del leasing, como gastos generales, y con cargo al capital en cuentas de orden, al importe más alto de las indemnizaciones susceptibles de ser exigidos en la fecha de cierre de balance, como se hace con los compromisos por avales”¹⁹.

¹⁸ Asociación Bancaria de Colombia, El Leasing Arrendamiento Financiero 4ª edición 1982 Pág. 33.

¹⁹ COILLLOT. Jaques El Leasing, Ed. Maipres S.A, Madrid, 1977, Traducción de Tomás Pérez Ruiz. Págs. 113 -115 Citado por la Asociación Bancaria de Colombia, El Leasing Arrendamiento Financiero 4ª edición 1982 Pág. 11.

“En los Estados Unidos los compromisos de Leasing son mencionados en los informes de auditoria y contabilidad como una anexo al balance. Esta información debe revelar el importe de los alquileres anuales y la duración del contrato. Dicha información debe suministrarse a partir del primer año del contrato y durante toda su vigencia y además, debe resumir las cláusulas esenciales del contrato”²⁰

5. Implicaciones Fiscales

De los principales atractivos financieros que ofrece el leasing está la posibilidad de deducir en su totalidad de la renta bruta de la empresa usuaria, los pagos efectuados durante el período en el cual se recibe el servicio por el cual se hacen. En efecto, como estos pagos se anotan como gastos generales en la cuenta de explotación, se benefician de este incentivo fiscal, por tratarse de expensas realizadas durante un periodo gravable, en desarrollo de una actividad productora de renta.

Con esta técnica financiera no se afectan los ingresos del erario público, pues de otro lado, como los pagos los recibe la sociedad de leasing y éstos constituyen ingresos gravables, estará obligada a cancelar los impuestos correspondientes. Al analizar entonces, en su conjunto una operación de leasing, los intereses del fisco no resultan perjudicados.

Otro problema es el de la incidencia del impuesto que paga la sociedad de leasing, pues en el análisis del costo de éste contrato se avalúan las implicaciones fiscales que van a acentuar las cargas financieras del usuario.

Los bienes de equipo pueden ser amortizados fiscalmente por la sociedad de leasing y por tanto gozan de las deducciones correspondientes. El término de la amortización fiscal es el mismo del de la amortización legal”²¹.

²⁰ ROLING, Serge El Leasing, Ed. Pirámide, Madrid, 1974, Traducción de Tomás Pérez Ruiz. Pág. 110 Citado por la Asociación Bancaria de Colombia, El Leasing Arrendamiento Financiero 4ª edición 1982 Pág. 34.

²¹ Escobar. Op cit. Pág 18.

CAPITULO III

MODALIDADES DEL CONTRATO DE LEASING

1 Leasing Internacional ó Cross Border Leasing:

Es un contrato de Leasing, en el que la compañía de Leasing y el locatario se encuentran en países distintos y se rigen por sistemas legales diferentes. Dicho en otras palabras, en que un arrendador propietario del equipo en un país determinado arrienda su equipo a un arrendatario que realiza operaciones similares en otro país., obteniendo beneficios en el manejo de las importaciones. Es llamado también Leasing a través de las fronteras.

La figura es de gran importancia para la economía mundial al punto que es recomendada por autoridades monetarias internacionales, como herramienta indispensable para facilitar la dotación de bienes de capital a los países en vía de desarrollo que, no tienen la capacidad suficiente para realizar grandes desembolsos de divisas para la adquisición de bienes de capital de contado.

2. 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 mismo. También existe una modalidad de Leasing de importación en el cual se acuerda que el locatario negocie el bien con el proveedor y haga la respectiva importación y la compañía del 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 sea

nacionalizado, se formaliza el contrato de Leasing adquiriendo la compañía el bien.

Cualquiera sea la modalidad operativa del Leasing de importación, el canon solo se comienza a cancelar cuando el bien importado se encuentre 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 ó Cross border, carácter que adquirirá si la Compañía de Leasing es extranjera.

3 Leasing de Exportación:

Es un contrato sobre equipos que deben exportarse. En este tipo de contratos, la compañía del Leasing es colombiana y el locatario, de cualquier nacionalidad, esta en el extranjero por lo cual, todo Leasing de Exportación es un Leasing Internacional.

4 Leasing Sindicado:

Por esta vía, varias sociedades de Leasing se unen para la adquisición conjunta en común y pro indiviso de la propiedad de uno o mas equipos, que serían arrendados con opción de compra a uno o mas arrendatarios para llevar a cabo un proyecto determinado. Se presenta la necesidad de este tipo de Leasing para poder llevar a término grandes proyectos industriales, como la explotación de campos petroleros, Etc²².

De conformidad con la normatividad vigente en Colombia cuando una compañía Colombiana quiere participar como propietario con compañías extranjeras de una operación de Leasing Internacional, realizada con Locatarios Colombianos, su

²² ARRUBLA PAUGAR Jaime Alberto, Contratos Mercantiles Tomo II, Contratos Atípicos Tercera Edición 1.998 Biliboteca Jurídica DIKE. Página 128.

participación no podrá exceder del 15% del costo del bien. Artículo 2 Decreto 1799 de 1.994.

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 se acuerde. En estos casos, la legislación Colombiana prevé que el contrato lo celebre conjuntamente todas las compañías copropietarias y denomina la operación como Leasing en Copropiedad. (Artículo 5 Decreto 1799 de 1.994).

5 Lease - Back:

Es 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 Lease 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.

6. Leasing Inmobiliario ó Habitacional:

Conocido actualmente en nuestro país como Leasing Habitacional, en el que el bien objeto de arrendamiento es de naturaleza inmueble, y que fuere recibido en Colombia como una nueva alternativa de financiación y de readquisición de bienes inmuebles que por el sistema UPAC y UVR, se vieron obligados a ser entregados por muchos usuarios en dación en pago. Por consiguiente la entidad bancaria previo a ordenar la venta del inmueble si el usuario se lo solicitaré, estará en la obligación de entregárselo bajo esta modalidad de financiación, prevaleciendo su

solicitud, sobre la de cualquier otra persona que también estuviere en disposición de adquirir el mencionado inmueble. Dentro de las características especiales de la mencionada figura, están la de otorgarse a largo plazo (hasta por 15 años), pudiendo, si se tiene la disposición económica prepagarlo o reducir el término inicialmente pactado, siendo la opción de compra al final y sin tener la obligación de cancelar ninguna suma de dinero al inicio de la contratación, como en la practica se observa de otras modalidades.

7. Leasing de Infraestructura:

Es aquél que versa sobre bienes destinados a la operación de obras o proyectos de infraestructura. por tal motivo tiene gran semejanza con el Leasing Inmobiliario.

8. Leasing Apalancado o Leveraged:

Los orígenes de esta modalidad de Leasing se remontan al año 1.873, cuando las compañías ferroviarias de Pensilvania, la utilizaron como herramienta para la financiación del material rodante.

Leveraged Leasing, traduce arriendo apalancado y posibilita al inversionista para realizar beneficios económicos plenos, derivados de la propiedad de bienes de capital, manteniendo un riesgo muy pequeño sobre sus costos actuales.

En esta clase de Leasing, el industrial que requiera, por ejemplo, bienes de capital por valor de (\$ 30.000.000.00), con una inversión del 20% de su propio dinero puede lograrlos, tomando el resto prestado, de uno o de más inversionistas prestamistas que aceptan recibir como contra prestación el reparto proporcional de las rentas producidas por el arriendo Leasing de los equipos y en caso de incumplimiento o quiebra del tomador del Leasing el dinero resultante de la venta de tales equipos. Mientras que el industrial invierte solamente el 20% del capital

obtiene los beneficios fiscales calculados sobre el 100%. Esta modalidad de Leasing en **Colombia**, no ha sido utilizada aún²³.

9. Leasing Municipal:

A pesar de que así lo denomina la doctrina, mas 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 Norte América para el desarrollo de programas municipales que comprenden para su ejecución una gran variedad de equipos y de entidades.

10 El Dry Leasing y El 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 la tripulación, el mantenimiento necesario para la operación y el valor de los seguros.

²³Ibídem Página 127.

CAPITULO IV

Descripción de la operación

La doctrina se ha encargado en describir la institución del arrendamiento financiero en tres etapas, de la siguiente manera:

PRIMERA ETAPA.

Denominada por algunos autores como de “colaboración” en la que el cliente elige tanto la maquinaria que en futuro va ser entregada en arrendamiento, como al proveedor, dirigiéndose a la Leasing para que ésta proceda a comprarlos, comprometiéndose – el cliente - a tomarlos en arrendamiento una vez adquiridos por la Leasing.

“El cliente es quien toma la iniciativa de la inversión y su carácter técnico le permite proyectar mejor la rentabilidad del equipo y el modo de integrarlo a sus medios de producción. Además, la sociedad de leasing teniendo una vocación eminentemente financiera no dispone del criterio técnico necesario para seleccionar los equipos o maquinarias y designar un proveedor idóneo: Naturalmente, tampoco dispone de los medios para poner en funcionamiento la maquinaria, ni mantenerla y ni siquiera almacenarla. Por esta razón, antes de comprar el equipo la sociedad leasing debe asegurarse que podrá alquilarlo inmediatamente”²⁴.

²⁴ Asociación Bancaria de Colombia, El Leasing Arrendamiento Financiero 4ª edición 1982 Pág. 22.

En nuestro medio, se ha observado está primer figura como un mandato mercantil no representativo, figura en la que el Profesor Bonivento Fernández a enseñado lo siguiente: “... el mandato “ no representativo” surge cuando la conclusión del negocio es entre el mandatario sin poder, como persona directamente interesada y el tercero.²⁵” Siendo obviamente la Compañía de Leasing, a quien se le encomienda por parte del cliente la gestión de compra de la maquinaria con el proveedor.

“En principio podría pensarse que la Compañía de Leasing actúa no solo a nombre propio sino también por cuenta propia, pero ello no es así. Los fondos que adelanta la compañía son en realidad por cuenta del mandante, puesto que se trata de una suma con cargo a los cánones por pagar o con cargo a la suma que ha anticipado el cliente para garantizar el cumplimiento de la promesa de alquiler cuando está se exige.

La figura del mandato sin representación adquiere particular importancia en el caso de incumplimiento, de mora, deficiencia de la calidad de los equipos o cualquier otra circunstancia del pedido, por parte del proveedor o fabricante que vendió bienes. En este caso, la compañía de leasing no asume ninguna responsabilidad, de manera que tendrá derecho a exigir del mandante el reembolso de los pagos efectuados y a esté último es a quien corresponderá repetir contra el vendedor incumplido.²⁶”

Sobre este aspecto es conveniente citar la sentencia 6462 de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la que dispuso “LA ARRENDADORA no asume ninguna responsabilidad por la idoneidad del equipo arrendado ni por sus condiciones de funcionamiento, ni sus cualidades técnicas, ni por el cumplimiento de los requisitos legales para su importación, cuando esta se requiera”, con la precisión de que

²⁵ BONIVENTO FERNANDEZ, Jose Alejandro, Principales contratos Civiles, Ed. Presencia, Bogotá 1977 Pág. 435.

“cualquier reclamo por falta o deficiencia en el equipo deberá ser presentada por LA ARRENDATARIA al Proveedor²⁷”

SEGUNDA ETAPA

Conocida como “Contractual” en la que la sociedad Leasing adquiere el equipo señalado por el usuario, y procede a entregárselo en arrendamiento, siendo entregados directamente del proveedor al usuario. La Sociedad de Leasing cancela el precio directamente al proveedor con quien conviene la forma de pago y sus condiciones, y el locatario se adhiere a las cláusulas señaladas por la Leasing en el contrato de Leasing.

TERCERA ETAPA

Por último y una vez se finiquita el plazo inicialmente pactado en el contrato, nace la tercera etapa de la figura contractual, en la que se le concede al usuario tres opciones:

PRIMERA: Devolver o Restituir el Bien arrendado: Si la voluntad del locatario es prescindir de su derecho de hacer uso de la opción de compra, o de no renovar el plazo inicialmente pactado en el contrato, el locatario deberá restituir el bien dado en arrendamiento en iguales condiciones a las que fue entregado al inicio de la contratación, por lo tanto deben correr a su cargo las reparaciones necesarias por el normal funcionamiento del equipo, sin perjuicio de su desgaste normal, por el tiempo de su utilización.

SEGUNDA: “En el contrato de Leasing siempre se prevé un período en el cual el contrato es irrevocable, y en el que además ninguna de las partes puede rescindir

²⁶ Asociación Bancaria de Colombia, Op. Cit. Pág. 24-25.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Exp. 6462 del 13 de Diciembre de 2.002. MP. Carlos Ignacio

el contrato”²⁸. Pero de manera posterior nace un nuevo periodo denominado residual, en el que el locatario puede seguir usufructuando el bien, pero ya en condiciones totalmente diferentes a las inicialmente pactadas en el contrato, ya que los cánones deben ser inferiores a los que se venían cancelando primariamente, toda vez que el costo al momento de la prorroga ya fue recuperado íntegramente por la leasing, muchos doctrinantes, asumen esta figura como un nuevo contrato puesto que lo único que tienen en común es tan solo el objeto y las partes que intervienen en el mismo.

TERCERA: Por último el Locatario puede adquirir la propiedad del bien, cancelando un valor ínfimo de su valor comercial, al finalizar el plazo del contrato, conocido usualmente como opción de compra.

El valor de dicha opción de compra, necesariamente debe ser inferior al valor comercial del contrato y además debe estar estipulada al momento de su creación, puesto que no debe olvidarse que los pagos acordados a título de alquiler, incluyen los costos en que incurrió la leasing para comprar el bien, así como su margen de ganancia.

“El plazo necesariamente ha de coincidir con la duración del periodo irrevocable del arrendamiento, aunque bien podría reducirse si el usuario así lo desea y se compromete a pagar la renta por el tiempo que falta hasta el día en que el vencimiento del término hubiere hecho cesar el arrendamiento”²⁹.

Jaramillo Jaramillo.

²⁸ BERNAL GUTIERREZ Rafael. Derecho Comercial Contemporáneo. Biblioteca DIKE Medellín 1989. Pág. 114

²⁹ Asociación Bancaria de Colombia, Op cit. Pág. 30.

SEGUNDA PARTE

Naturaleza Jurídica

1. Teoría del Préstamo

Algunos autores, asemejan el contrato de leasing con el contrato de préstamo, argumentando que las leasing al igual que los Establecimientos de crédito que prestan dinero y captan réditos a título de intereses, éstas prestan bienes y cobran alquiler por dicho préstamo, es por esto que analizaremos dicha tesis en relación con las dos formas jurídicas en que se presenta el préstamo, bajo el comodato y el mutuo:

1.1 El Comodato o préstamo de uso.

A la luz del artículo 2.200 de nuestro régimen Civil Colombiano, encontramos que el Comodato, “es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”

Aunque el comodato y el leasing presentan elementos comunes, igualmente presentan diferencias que apartan de sobremanera la idea de poder ceñir al leasing con la teoría del préstamo.

Diferencias:

EL LEASING	EL COMODATO
Contrato de Naturaleza consensual	Es un contrato Real.
Es Oneroso	Es gratuito
Es Bilateral, pues surgen obligaciones a	Es unilateral, en cuanto a las

cargo de las partes.	obligaciones que surgen entre partes.
----------------------	---------------------------------------

Similitudes:

EL LEASING Y EL COMODATO
<ul style="list-style-type: none"> • Son contratos traslativos del uso y goce del bien.
<ul style="list-style-type: none"> • No contienen la obligación de trasladar el dominio del bien, siempre y cuando en el contrato de leasing, no se haga uso de la opción compra.
<ul style="list-style-type: none"> • Tanto el comodatario, como el locatario, son responsables por la custodia y conservación de la cosa.

1.2 El Mutuo o préstamo de consumo.

A la luz del artículo 2221 del Código Civil el mutuo “ es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”

A su turno el artículo 1163 del Código de Comercio señala “ Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo”

Muchos otros autores, consideran que por ser en últimas, la obtención de una suma de dinero a título de canon de arrendamiento el fin primordial del leasing, es a su vez el motivo primordial para asemejarlo con este tipo de figura jurídica, pero al igual que en el contrato de comodato encontramos un sin número de diferencias que desvirtúa la mencionada posición, entre las más significativas encontramos las siguientes:

Diferencias:

EL LEASING	EL MUTUO
No recae sobre bienes monetarios, sino sobre bienes de equipo y no fungibles.	Recae sobre bienes fungibles.
Se traslada el uso y goce del bien.	Es un contrato de enajenación.

El locatario se obliga a devolver el mismo bien entregado en arrendamiento	Mientras que su obligación es devolver bienes diferentes pero de la misma especie y calidad.
Es de naturaleza consensual	Es un contrato real

2. Teoría del Deposito

Es dado para muchos estudiosos de la materia que, el contrato de Leasing, es aquel en virtud del cual, la compañía de financiamiento comercial, en especial las especializadas Leasing, entregan los bienes de equipo en depósito al locatario.

Posición que tampoco es muy avalada por la mayoría de doctrinantes en la materia, ya que dentro del contrato de deposito encontramos dentro de sus características mas preponderantes, que el depositario se obliga a guardar la cosa y a restituirla cuando le sea solicitado por el depositante, mientras que en el contrato de leasing se entrega la tenencia del bien susceptible de producir renta, por un plazo determinado, vencido el cual, el locatario tiene tres opciones, restituir el bien; prorrogar el plazo inicialmente pactado; o hacer uso de la opción de compra presupuestada en el contrato.

Todo esto sin olvidar que el contrato de deposito es un contrato real y unilateral a diferencia del Leasing que es bilateral y consensual, como quedo anteriormente consignado.

3. Teoría de la sociedad

Otro porcentaje de autores han replicado que el contrato de leasing y más explícitamente, lo acontecido en la primera etapa de su conformación, denominada de “colaboración” - vista en el capítulo anterior – donde el locatario examina las condiciones del bien que requiere para su explotación y solicita a la leasing su compra, lo asemejan al contrato de sociedad, tomando a la leasing

como socio capitalista de la negociación y al locatario como socio industrial de la misma.

Figura que también parece de aceptación puesto que carece de los requisitos fundamentales para su conformación, sea el caso de la “ affectio societatis” ya que en ningún momento se conforma una persona jurídica diferente a la de los contratantes, y tampoco la ganancia de la sociedad de leasing tiene la naturaleza de aleatoria sino que se encuentra previamente estipulada en el contrato³⁰.

4. Teoría de la compraventa:

Sea lo primero señalar que a la luz del artículo 905 del Código de Comercio, “**la compraventa** es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa se llama precio”.

Para algunos autores, el Leasing se asemeja a esta figura contractual, puesto que el hecho de transferir el uso y goce del bien al usuario, recibiendo en contraprestación un canon de arrendamiento por un término determinado, configura un acuerdo en lo que respecta al bien y al precio señalado para el contrato de compraventa, tan solo que, en el Leasing, la propiedad se ve transferida una vez se efectúe el pago de un último canon de arrendamiento denominado como opción de compra, o valor residual.

Opiniones que difieren con la propuesta elevada por algunos otros doctrinantes que sostienen que el Leasing es un contrato traslativo del uso y goce del bien, mientras que la compraventa es un contrato traslativo de dominio, ya que el

³⁰ En Colombia no hemos encontrado defensores de las teorías de depósito y de la de sociedad, se trajeron a consideración, puesto que fueron citadas por autores como Coillot J, obra citada, al igual que la Tesis de Grado de Escobar Gil Rodrigo Alonso, de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

locatario durante el término de duración del contrato tan solo es un tenedor del bien, mientras que en el segundo, una vez celebrado, se trasfiere el dominio. Por consiguiente proponen que el Leasing debe asemejarse mejor a un contrato de venta a plazos con reserva de dominio.

Propuestas que se ven desvirtuadas con lo señalado por el profesor Martí Rague, Luis. En su obra “El Leasing ante el Derecho Español” donde esboza lo siguiente:”No nos debe hacer pensar que, siquiera cuando se produzca el ejercicio de la opción, el leasing se equipara a una venta a plazos. Y ello, básicamente porque no puede presumirse, ni mucho menos, que el usuario tuviera voluntad de comprar, al suscribir el contrato de leasing, esa voluntad, de hecho, suele formarse con el decurso, y más normalmente, al concluir la operación de arriendo, a la luz de múltiples factores”.³¹

Por otra parte es conveniente citar la relevancia jurídica de un bien dado en arrendamiento financiero de otro en venta a plazos, cuando se presenta el concurso de acreedores o liquidación obligatoria, puesto que tal y como lo veremos más adelante en la tercera parte de la presente obra, la Leasing nunca pierde la propiedad del bien entregado en arrendamiento y por lo tanto está facultada para solicitar la restitución de los mismos, mientras que en la venta a plazos con reserva de dominio, por estar el dominio de los bienes en cabeza del usuario, sí van a formar parte del haber social de la sociedad en liquidación.

Por otra parte Jean Maria Leloup, señala que “la diferencia entre la venta a plazos y el leasing se produce según se dé o no la libertad al comprador para adquirir el bien.” En efecto, el usuario debe quedar en libertad de adquirir o no el bien en ejercicio de la opción de compra. Además, el precio de compra al final del periodo inicial, llamado también valor residual, debe ser lo suficientemente importante para

³¹ MARTIN OVIEDO José M. “El leasing ante el Derecho Español”. Ed. De Derecho Financiero. Madrid, 1972, pags. 72-73, citado por Escobar Gil, Rodrigo. Ob.cit.

que la adquisición del bien objeto de leasing, sea una decisión razonada, y no consecuencia necesaria de un precio irrisorio, pues esto haría presumir una venta disfrazada³².

5. Teoría de Arrendamiento

Constituye tal vez la teoría mas compartida por los eruditos de la materia, al considerar que el Leasing es un sistema de arrendamiento con ciertos elementos especiales. Entre los defensores más importantes de está concepción, podemos citar en España a Vidal Blanco. J. M. Martín oviedo, en Europa a Brugnano, Bibot, entre nosotros tenemos a Sergio Rodríguez Azuero, quien opina que el Leasing es un contrato de arrendamiento con opción unilateral de compra.

Para nuestra legislación Colombiana según el decreto especial 148 de 1979, el legislador concibió al Leasing como un contrato de arrendamiento con opción de compra.

Algunos otros estudiosos de la materia estiman que el Leasing por ser una figura contractual atípica, permite la aplicación analógica de las normas que regulan el arrendamiento, pero que a su vez esté “sobrepasa el marco jurídico del arrendamiento, porque si bien poseen algunos elementos en común, el leasing reúne unos elementos esenciales (término Inicial y cláusula de opción de compra) que no contiene el arrendamiento y de faltar éstos, se desvirtúa el económico-financiero de esta institución, caso en el que no nos encontraríamos en el Leasing financiero sino en otra modalidad contractual”³³.

Otra diferencia importante en este tipo de contrataciones la determina la presencia implícita del contrato de compraventa en el contrato de Leasing Financiero y la

³² Ibidem pag. 35.

³³ Escobar Gil, Op. Cit. Pág 35

presencia del proveedor, los que se hacen determinantes en las relaciones jurídicas entre la sociedad y el usuario industrial. “Otros autores, en atención de lo anterior, consideran que otro elemento de la esencia del leasing que no se da en el arrendamiento, es la colaboración entre la sociedad y el futuro usuario, aspectos que erróneamente dejan al margen quienes califican este fenómeno como arrendamiento con opción compra”³⁴.

Roling Serge, enseña que las diferencias que técnicamente diferencian a estos dos contratos son los siguientes:

“1. Poder disponer de un equipo verdaderamente adecuado y que responda exactamente a las exigencias de crecimiento de su actividad.

2. Poder adquirir eventualmente el material alquilado al final del contrato. Si en éste se otorgó la opción de compra a favor del usuario, y

3. Poder el usuario indicar a la empresa de leasing los bienes específicos de que desea disponer. Al contrario que en el arrendamiento, que no se ofrece nada.”³⁵

6. Teoría del contrato Mixto

Otro buen porcentaje de la doctrina, asevera que en el leasing se presenta un contrato mixto. Posición defendida en Latinoamérica por Edgar Parra Bartot; en Europa por Serge Rolin, Louis Vincent y Pierre Dehan, entre otros.

Roling, afirma que en el contrato de leasing se reúne un mandato, una promesa sinalagmática de alquiler de cosas, una promesa unilateral de venta y una venta

³⁴ Ibidem Página 37

³⁵ Roling, Serge El Leasing, Ed. Pirámide, Madrid, 1974, Traducción de Tomás Pérez Ruiz. Pág. 18. Citado por Escobar Gil, Rodrigo Alonso. El contrato de Leasing Financiero. Bogotá Colombia: pontificia Universidad Javeriana. Tesis de grado.1987 Página 37.

eventual³⁶. Otros sostienen que se presenta un arrendamiento y una opción, y otros le agregan un mutuo. El citado Parra B., asevera que el contrato de Leasing puede ser interpretado como Mixto porque en él figuran las características de los contratos de compraventa, arrendamiento y de nueva eventual compraventa³⁷. Rodrigo escobar por su parte estima que nos referimos a un contrato especial, en el cual se presenta una compraventa que obra como presupuesto de su ejecución y rige las relaciones entre la sociedad de leasing y el proveedor, pero no la relación esencial que surge entre la sociedad de leasing y el usuario, aunando sí es determinante en ella. No aceptando que la compraventa concurre con el arrendamiento, porque la relación jurídica entre la sociedad de leasing y el usuario no se adapta al marco jurídico del arrendamiento. Por tanto falla el elemento esencial de la combinación de modalidades para que pudiéramos hablar de un contrato mixto. Es pertinente citar la conclusión de Illescas al respecto, quien, con base en lo anterior aduce que el leasing, mas que un contrato mixto es una figura de “conexión de contratos”, en cuanto que existe un arrendamiento y una opción, ya que para la configuración de un contrato unitario complejo debe existir entre sus miembros “una soldadura tan íntima en un solo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando sus elementos componentes”³⁸

³⁶ Ibid., Pág 88.

³⁷ PARRA BARBOT Edgar, El leasing en Venezuela, en revista “Felaban” num.18 Ed. Kelly. Bogotá 1974, Pág. 56. Citado por Escobar Gil Rodrigo. El Contrato de leasing. Ed Temis. Bogotá, Colombia 1984, Pág. 36.

³⁸ ILLESCAS, “Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato” en revista de Derecho Mercantil, enero-marzo de 1971, Pág. 144 tomado de Francisco Rico Perez y Rodrigo Escobar Gil, op cit. Pág. 37.

CAPITULO II

Características del Contrato de Leasing Financiero:

1. Atípico, ya que no está reglamentado en la ley, por lo tanto puede con base en el principio de la autonomía de la voluntad, señalar sus alcances siempre y cuando no contravengan el orden público y las buenas costumbres.
2. Bilateral: Vale decir, hay obligaciones recíprocas entre las partes contratantes.
3. Consensual: Como todo contrato atípico, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Sin embargo, debido a su atipicidad, la recomendación de orden práctico es su elaboración por escrito y lo más detallada posible. Después de todo, la disciplina de los contratos atípicos se atiende en primer lugar a las estipulaciones contractuales³⁹.
4. Oneroso: Porque tanto la sociedad Leasing, como la persona usuaria obtienen utilidad, pues cada parte se obliga con el fin de obtener de la otra una contraprestación, que se considera equivalente a la que ella debe pagar.
5. Conmutativo: Puesto que existe un equilibrio entre las prestaciones de las partes.
6. De tracto sucesivo: Por que las obligaciones de las partes se van cumpliendo periódicamente durante la vigencia del contrato.
7. De Naturaleza mercantil: Esta característica nace del hecho de ser una actividad financiera, ya que las sociedades de leasing obtienen recursos de capital y lo invierten y transfieren a los sectores productivos de la economía para alcanzar un provecho o utilidad.

CAPITULO III

Elementos para la formación y validez del contrato de Leasing Financiero

Elementos Genéricos

1. Las partes:

En todo contrato de leasing financiero tienen que intervenir por lo menos dos partes, una Compañía de Financiamiento Comercial, propietaria del bien objeto del leasing, y un locatario, persona natural o jurídica que recibe la tenencia del mismo para su uso y goce.

Adicionalmente, suelen intervenir en el contrato, sin que sean partes necesarias en el mismo, el proveedor de los bienes objeto del leasing y los co-locatarios y garantes.

1.1 Las Sociedades de Leasing, son sociedades comerciales en cuyo objeto social está contemplada como actividad principal la celebración permanente de operaciones de Leasing, o arrendamiento financiero.

Las sociedades leasing, en Colombia están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria: por tanto requieren de permiso de funcionamiento para poder operar como tales. También como efecto de esta intervención todas sus operaciones y sus estados financieros están sometidos al riguroso control del Estado para verificar su conformidad con las normas legales sobre la materia.

³⁹ ARRUBLA Op.cit., P. 120.

El Decreto 3039 de 1989 define las sociedades Leasing así: “ se denominan sociedades de arrendamiento financiero (leasing) aquellas que tienen capacidad legal, conforme a su objeto, para celebrar contratos de este género, en calidad de arrendadoras”.

La intervención del Estado en este tipo de sociedades se justifica por la seguridad que se da a los usuarios a fin de mantener en este tipo de contratos, el equilibrio entre la fuerza económica especializada y las personas que precisan de ella.

Como todas las sociedades, las que se dedican a las operaciones leasing tienen señalado en sus estatutos sociales un término de duración. Es importante observar al momento de contratar con una compañía leasing, que el término de duración sea suficiente para poder celebrar un contrato leasing por una duración por lo menos igual o menos⁴⁰.

1.2 El Locatario, que es la persona bien sea natural o jurídica que recibe la tenencia del bien dado en arrendamiento, en contraprestación de un canon de arrendamiento en el término y plazo pactados en el contrato.

A manera ilustrativa se hace conveniente traer a consideración lo señalado en la separata de leasing de la Revista “ Integración Financiera”, volumen 3 No 11, de noviembre de 1986, la cual muestra como beneficiarios del leasing a:

- 1.2.1** Compañías jóvenes que empiezan y necesitan contar con efectivo.
- 1.2.2** Compañías medianas que no pueden darle golpe a los mercados bursátiles.
- 1.2.3** Compañías de “ Chimenea” que no pueden aprovechar los créditos tributarios de inversión y las deducciones de la depreciación.

1.2.4 Pequeñas compañías a las que les gusta la comodidad de alquilar.

1.2.5 Persona natural o jurídica, comerciante o no, que busca financiar la compra de bienes, equipo, maquinaria, etc, para desarrollar su actividad.

Es preciso señalar que como el usuario no adquiere la propiedad del bien, no es necesario hacer ninguna anotación en sus cuentas de balance a diferencia de las otras formas de financiamiento que se reflejan en el balance, ya que se aumenta la partida de activo de inmovilizaciones y de la partida de pasivo de deudas⁴¹.

1.3 El Proveedor, La doctrina está dividida en cuanto a la participación del proveedor en el contrato de leasing.

Hay quienes sostienen que “ la concurrencia del proveedor es secundaria, respecto a la relación fundamental” y que el proveedor corrientemente no es parte en el contrato” (Cfr. Sergio Rodríguez Azuero Pág. 491 y 492)

Sin embargo otros autores como J. Coillot sostienen que el proveedor es considerado como el tercer componente del contrato de leasing, pues frecuentemente es quien tiene la iniciativa de los contactos iniciales entre las sociedades de leasing y sus clientes.

A criterio personal considero que el proveedor indiscutiblemente debe ser considerado como parte dentro del contrato de leasing, ya que sin lugar a dudas es éste quien debe entrar a responder por la idoneidad e imperfecciones técnicas del bien que está vendiendo a la Leasing, ya que ésta no esta obligada a responder por dicho concepto. De esta forma lo dispuso la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 6462 de Diciembre 13 de 2.002.

⁴⁰ ARRUBLA, Op. Cit. Pag. 129 – 130.

⁴¹ BERNAL GUTIERREZ Rafael, Derecho Comercial Contemporáneo, El leasing, Biblioteca

2. El consentimiento

2.1. Perfeccionamiento: se satisface con el simple consentimiento de los agentes negociables (Código Civil, art. 1500). El consentimiento se logra cuando primeramente la compañía de leasing, acepta comprar el bien previamente visto y escogido por el usuario y ésta a su turno lo entrega en arrendamiento al usuario; este acuerdo de voluntades debe recaer sobre los siguientes elementos:

- a) Bien dado en leasing.
- b) Precio
- c) Término inicial de duración
- d) Opción de compra del bien a favor del usuario

La concordancia de las voluntades sobre estos elementos dice Rodrigo Escobar Gil, es necesaria para la existencia del negocio jurídico, por tratarse de aquellas “cosas que son de su esencia ... sin las cuales, no produce efecto alguno el contrato” (Código Civil., Art. 1501 y Código de Comercio., Art 898).

La manifestación de la voluntad para el nacimiento de este contrato no está sometida a ninguna forma especial; en esto siguen los postulados del derecho moderno que consagra la libertad de forma como medio de exteriorizar el querer negociable, pues el rígido formulismo y la excesiva ritualidad, características del tráfico jurídico en la antigüedad, debieron claudicar ante su ineficacia para atender con rapidez y flexibilidad las nuevas y numerosas situaciones de la vida social. Esto puede afectar el aseguramiento y la precisión del negocio, por esta razón es importante que se recoja este contrato de leasing en un documento, generalmente

escrito, como signo y expresión de unos efectos jurídicos queridos por los agentes y tutelados por el ordenamiento jurídico⁴².

2.2 Otras condiciones del consentimiento

Una vez verificado el acuerdo de voluntades en lo que hace referencia a los elementos esenciales, el contrato de leasing adquiere existencia, pero con eso no se agota el problema del consentimiento, porque es necesario que las partes lo hayan expresado en forma libre y consiente.

El artículo 1509 del Código Civil, señala la teoría tradicional de los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo, pero se hace necesario manifestar que no haremos el estudio respecto a dichos preceptos en lo que respecta al contrato de leasing, porque su exposición pertenece a la teoría general del negocio jurídico.

Uno de los problemas frecuentes en el comercio jurídico se presenta cuando el futuro usuario suministra una información falsa y tendenciosa en la solicitud, dirigida a engañar a la sociedad de leasing para obtener la financiación necesaria. Dicha actuación dolosa del usuario puede ocasionar:

- a) La nulidad del contrato cuando el dolo es determinante del consentimiento de la compañía de servicios.
- b) Indemnización de perjuicios a cargo del usuario cuando ha hecho más gravosas las condiciones para la compañía.
- c) Dos problemas muy comunes que surgen de esta contratación, especialmente en países como el nuestro, en que son poco conocidas las características jurídicas de esta técnica financiera, se presentan cuando el usuario entiende comprar a plazos o tomar en arrendamiento y declara querer en leasing. El en primer caso, este contratante va a

⁴² Escobar Op. Cit. Pág 55

resultar vulnerado de sus intereses porque con el molde contractual escogido no va a satisfacer su finalidad, que es obtener el dominio sobre el bien. En el segundo evento, el agente se verá ligado a mantener el contrato durante un término que no puede revocar unilateralmente, so pena de indemnizar los perjuicios ocasionados a la compañía, que son cuantiosos.

En estos supuestos, el contrato de leasing financiero se encuentra viciado en su consentimiento como proyección de una falta en la valoración del *iter acti* por el agente. Esto puede acontecer por un vicio en el entendimiento (ignorancia y error) o por un vicio en la voluntad (temor), lo que se conoce como vicios de la voluntad, porque el conocimiento organizado se exterioriza mediante el ejercicio de la voluntad, por lo cual es esta facultad la que interesa en la teoría del negocio jurídico. En el problema planteado se presenta un error propio (para diferenciarlo del error inducido que es el causado por el dolo), esencial y de hecho, provocado por una equivocada comprensión o falta de conocimiento de la naturaleza jurídica del contrato; es necesario aclarar que no se trata de un error de derecho sino de un error esencial de hecho.

Este fenómeno anormal en la contratación se conoce como error *in negotio*, el cual se presenta cuando la declaración de la voluntad de un negociante no concuerda con su real voluntad; en nuestro caso se configura cuando el usuario entiende y quiere celebrar un contrato de venta a plazos o de arrendamiento, pero por un erróneo conocimiento del contrato de leasing acude a esta forma contractual y manifiesta en este sentido su voluntad. Este error es diferente del conocido por la doctrina como *error obstativo* o *error en la declaración* o en la *transmisión de la declaración*, que genera la inexistencia del contrato por falta absoluta de la voluntad y se estructura cuando el contratante es consiente del negocio jurídico que quiere celebrar, pero al manifestar su voluntad lo hace en otro sentido, como cuando un sujeto desea perfeccionar un arrendamiento de cosas y por ignorancia

de la lengua o por otro error cualquiera dice “leasing” entonces es claro que no hay consentimiento por la discrepancia entre el querer negocial de los agentes, en este caso no puede hablarse de un vicio de la voluntad⁴³.

3. Objeto del Contrato:

Es la adquisición a cargo de la sociedad de Leasing de un bien de equipo, previamente escogido por el usuario y la cesión de su uso y goce a éste último a cambio del pago de una renta periódica.

Una cosa es el objeto del contrato y otra el objeto de las obligaciones. El objeto del contrato en estudio es la creación de la relación jurídica señalada, y el objeto de esta o de las obligaciones son las prestaciones de hacer y de dar y en forma secundaria de no hacer. Estudiaremos a continuación el objeto de las obligaciones a cargo de las partes principalmente comprometidas, que se identifican con el bien dado en leasing y con el precio.

3.1 El bien entregado en arrendamiento Financiero: Es el ente material ó inmaterial, entregado por la Compañía de Leasing en arrendamiento financiero al usuario. Este bien puede ser mueble o inmueble, pero no puede ser consumible, puesto que para este tipo de contratos, por el género al que pertenece, debe recaer sobre bienes de uso duradero; por esta razón las materias primas no pueden financiarse mediante leasing.

Requisitos generales del bien:

1. **Comercialidad:** Debe ser de aquellos que se encuentren en el comercio y por ende, que puedan ser susceptibles de ser transferidos, por consiguiente la venta de un bien embargado, por

⁴³ Ibidem Pág. 56-57

encontrarse fuera del comercio o con una limitante a su enajenabilidad, la sanción es nulidad absoluta por objeto ilícito. (Artículo 1502 del Código Civil).

2. **Determinación:** El bien debe estar claramente especificado, determinado en su cantidad, calidad y naturaleza, conforme lo prevé el artículo 1518 del Código Civil.
3. **Posibilidad:** No tan solo bienes que existen podrán ser objeto de ésta clase de contratos, sino los que están por existir, por consiguiente es legalmente permitido entregar en arrendamiento financiero bienes que actualmente no existen, pero sí debe existir la suficiente certeza sobre su existencia futura, siempre y cuando su futura existencia no sea contrario a las leyes de la naturaleza ni al orden jurídico. (v.gr. materias primas, armamento de uso privativo de las fuerzas militares).

“En este contrato no existe la posibilidad de la cláusula de sustitución del bien. Esta consiste en la facultad que se reserva al usuario de solicitar la terminación del contrato por obsolescencia del equipo, para que éste sea remplazado y se proceda a la celebración de un nuevo contrato. Esta estipulación es propia del denominado “*leasing operativo*”, mas no del leasing propiamente dicho, porque en éste los riesgos los asume el usuario”⁴⁴.

3.2 Precio

Es la contraprestación recibida por parte de la sociedad de leasing, en ocasión del uso y goce del material del equipo en el termino pactado en el contrato. Es otro elemento esencial del contrato, ya que si no existe dicho precio, el contrato, es inexistente y podría transformarse en otra clase de contrato como el comodato.

El precio se paga en forma periódica, bien sea, mensual, trimestral, semestral o anual, conforme a lo acordado por las partes en el contrato, y recibe el nombre de canon o renta. “La integridad del precio se programa para ser pagada durante el término inicial, y comprende la inversión realizada por la compañía para adquirir el bien, los intereses que causarían este capital, los gastos de administración y un beneficio.

El precio debe ser determinado o determinable, real, y serio, en caso contrario, el contrato es inexistente.

3.3. Teoría de la Imprevisión ó *Rebus sic stantibus*:

Fue adoptada por nuestro ordenamiento mercantil en su artículo 868, y consiste básicamente en la facultad que le asiste a la parte perjudicada (por lo general al deudor) de pedir la revisión de las bases del contrato, para adaptarlo a las nuevas circunstancias, sin que requiera la resolución del contrato. Lo anterior como consecuencia del cambio de las circunstancias sociales y económicas existentes en el momento en que el contrato es celebrado y en especial de la constante desvalorización de la moneda, lo que acarrea a un enriquecimiento desmesurado de uno de los contratantes a costa de un empeoramiento patrimonial correlativo de la otra parte.

Tal y como lo sostiene el catedrático de la Universidad de Chile, Fernando Fuelle Laneri, dichas cláusulas buscan “Producir el equilibrio de valores que se ha perdido precisamente a causa de la desvalorización monetaria”. El fundamento concreto de la reajustabilidad para el citado autor se encuentra en el pago efectivo o *solutio*, que de acuerdo con el artículo 1626 del Código Civil, es la prestación de

⁴⁴ Ibid., pág, 61.

lo que se debe, especialmente en dos requisitos. La integridad en el pago y su ejecución de buena fe.”⁴⁵.

En conclusión, los problemas que puedan surgir del contrato de leasing financiero emanados de su condición de tracto sucesivo, en virtud de los cuales se rompe el equilibrio entre las prestaciones de los agentes obligados, se armonizan dando aplicación a la teoría de la cláusula “*rebus sic stantibus*”⁴⁶

Elementos Específicos:

1. Opción de Compra:

La opción o promesa unilateral de compra, se presenta en el contrato de leasing, como una obligación de hacer y no de dar, en la que el promitente vendedor (la leasing) se obliga a celebrar un contrato de compraventa, si en una época determinada el optante se resuelve comprar. (Art. 23 Ley 51 de 1918, Art 89 Ley 153 de 1887, Art 861 Código de Comercio).

Requisitos de la opción de compra.

1.1. Precio.

Recibe el nombre de valor Residual, y es establecida por las compañías de Financiamiento Comercial, encargadas en efectuar éste tipo de operaciones, bien sea en un porcentaje ínfimo del valor comercial del bien dado en arrendamiento (V.gr. 1% 5% ó 10% del valor comercial del bien), o por una cantidad de dinero determinada (V.gr. \$1.000.000.00, \$ 250.000.00) puesto que como ya se ha expuesto anteriormente los cánones que paga el arrendatario, por el uso del bien

⁴⁵ FUELLO LANERI, Fernando. La corrección Monetaria y el pago legal. Ed. Temis, Bogotá, 1979, Pág. 24. Citado por Escobar Gil. Op. Cit. Pág. 63.

⁴⁶ Escobar. Pág. 63.

durante el término inicial cubren generalmente el precio del equipo nuevo y causan un margen de beneficio a favor de la sociedad de leasing, con lo que se amortiza el importe de su costo.

Tanto la opción de compra, como su valor deben ser debidamente señalados dentro del contrato, pues su inexistencia, podría convertir el contrato de Leasing Financiero en otra modalidad, como es el caso del leasing operativo.

En la praxis comercial, hemos encontrado para infortunio de la naturaleza propia del contrato, que los establecimientos de crédito facultados en prestar este tipo de contrataciones, desaciertan en entregar en arrendamiento bienes que por una parte no son susceptibles de producir renta y por otra, establecen valores residuales irrisorios, lo que a nuestro juicio puede degenerar el contrato y convertirlo en una venta a plazos simulada, por consiguiente deberá analizarse dicho precepto desde un punto de vista mas serio y real, con el ánimo de no declinar el contrato.

1.2 El Plazo.

Es el término en el cual el locatario, debe manifestar a la compañía de leasing, si hace o no uso de la opción de compra. Pero debe coincidir con la duración del periodo inicial, pues la opción se ejerce una vez se hayan pagado en su integridad los cánones de arrendamiento pactados.

El precio de la opción de compra puede al igual que el precio del contrato, estar afectado por una cláusula de actualización o reajustabilidad. Pactada habitualmente con base en índices como el D.T.F, el índice de precios al consumidor, la tasa de devaluación, el incremento del “prime” ó “Libor” entre otros., según opte la compañía.

2. Término inicial.

Es otro requisito *sine quanun* para la existencia del contrato de leasing financiero, y se requiere su pacto expreso dentro del mismo, para que ninguna de las partes pueda revocarlo de manera unilateral, ya que sin su presencia podría entrañar la inexistencia misma del contrato o al menos devenir en otra figura contractual. (Artículo 1501 del Código Civil), como es el caso del arrendamiento.

La duración del contrato de leasing está estrechamente vinculada a la capacidad operativa de la empresa tomadora o al tiempo que se requiere para amortizar el precio del bien; de tal manera que si se ejercita la opción de compra se pueda efectuar dicha transacción por un valor residual. El buen resultado del leasing como mecanismo de financiación consiste en encontrar el plazo preciso tanto para el bien como para la empresa tomadora: de forma que la empresa tomadora pueda cancelar sus obligaciones leasing con la rentabilidad de su propia actividad, conservando además los márgenes lógicos para sus propios beneficios”⁴⁷

Algunos autores califican al contrato como “irrevocable”. Pero a nuestro juicio consideramos que es un término jurídicamente mal utilizado, ya que las partes con base en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, configurado en el artículo 1602 del Código Civil, acogido por el artículo 822 del Estatuto Mercantil, las partes de común acuerdo podrán modificar dicho plazo.

“En consecuencia, jurídicamente es posible la revocación del contrato de leasing financiero, cosa distinta es que dadas las características económico-financieras de estas operaciones ninguna de las partes esté interesada en ello por resultar vulneradas”⁴⁸.

⁴⁷ ARRUBLA Paucar. Op cit. Pág 133 - 134

⁴⁸ Escobar Gil Rodrigo. Op. Cit. pág 66

CAPITULO IV

Cláusulas Accesorias del Contrato de Leasing Financiero

1. Pagarés y garantías personales. La función primordial de éstas cláusulas es la de garantizarle a la Leasing, el cumplimiento del pago de los cánones pactados, así como el debido cuidado con que los locatarios deben usufructuar el bien entregado en arrendamiento, puesto que desde el momento en que ellos reciben la tenencia de los bienes y hasta el día en que restituyen el mismo, deben velar por su adecuada conservación en lo concerniente a daños y perjuicios a terceras personas o al bien mismo, que no cubra el seguro al que se ampara.

Habitualmente las compañías de Leasing, requieren para el perfeccionamiento del contrato, que los locatarios suscriban pagarés en blanco, con su respectiva carta de instrucciones, para que en el evento en que los deudores incurran en mora en el pago de sus cánones, o el bien sufra algún siniestro que no cubran las compañías aseguradoras, puedan estas satisfacer dichas sumas de dinero con el peculio de los deudores y codeudores por tener el carácter de deudores solidarios.

A nuestro juicio, el contrato de leasing es un contrato privilegiado entre acreedores, puesto que la Leasing a pesar de no perder la propiedad del bien entregado en arrendamiento, puede acceder de forma sencilla al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato y algunas veces acceder con algún privilegio en acuerdos de reestructuración o ley 550, en la forma y términos que se verán expuestos en capítulos siguientes.

En algunas oportunidades hemos observado, como las Compañías de Leasing, exigen de los Locatarios, antes de comprar el bien a los proveedores, un canon extraordinario diferente al de la opción de compra, algo similar a una cuota inicial,

sin que, en el evento en que los deudores restituyan el bien a la leasing al finalizar el plazo o a su vez, restituido por Sentencia Judicial ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones a cargo del deudor, se les devuelva alguna suma de dinero por este concepto.

En algunos países, adicional a las cláusulas antes anotadas, las compañías de leasing exigen la constitución de un depósito por un valor determinado de cánones, el cual es restituido únicamente al finalizar el término del contrato y siempre y cuando el locatario haya cumplido con las obligaciones acordadas en el contrato. Cláusula está última poco practicada por las compañías de leasing en Colombia.

2. Seguros. El aspecto de seguros reviste especial importancia en la relación leasing. Los activos objeto del contrato están sometidos a diferentes riesgos que hacen necesaria su protección o cobertura para evitar las pérdidas económicas que puedan sufrir, tanto la sociedad leasing, como el usuario. Estos riesgos se pueden presentar en función del equipo o activos dados en leasing, pueden considerarse en función de la actividad económica que desempeña el arrendatario y pueden referirse al entorno jurídico –económico en el cual se desarrollan las operaciones de los contratantes⁴⁹. La importancia de mantener asegurados los equipos es tal que su incumplimiento conlleva a la terminación anticipada del contrato.

Los contratos de seguros pueden ser tomados directamente por el locatario y una compañía de seguros previamente aceptada por la Leasing, en la que está aparezca como beneficiaria de la póliza ó por encargo del locatario a la leasing pero por cuenta de aquel.

3. Sanciones y Cláusula Penal

En los contratos de leasing, se consagra que la mora en el pago de los cánones de arrendamiento, dará lugar a que la leasing exija a título de pena, intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Bancaria, sin perjuicio de que además y ante el mencionado incumplimiento pueda dar por terminado el contrato de arrendamiento financiero.

De igual forma podrá la leasing exigir el pago de dicho interés moratorio, ante el incumplimiento del locatario en Restituir oportunamente el bien entregado en arrendamiento, sin perjuicio de solicitar judicialmente la restitución de dicho bien.

En caso de que la Leasing de por terminado el contrato por justa causa V.gr por mora en el pago de los cánones de arrendamiento, por uso indebido del bien, por no mantenerlo asegurado, entre otras, los locatarios deberán pagar a título de indemnización de perjuicios, la cifra resultante de sumar el valor de los cánones por causarse, sin perjuicio de su obligación de devolver el bien, y pagar las sumas que se hayan causado hasta la terminación anticipada del contrato. La misma sanción se aplica a los Locatarios cuando devuelven anticipadamente el bien⁵⁰.

Por último los locatarios, de igual forma deberán asumir los costos judiciales o extrajudiciales en que incurra la Leasing en busca de la devolución del bien entregado en arrendamiento, en los casos en que no medie su voluntad de restituir.

⁴⁹ ARRUBLA. Op.cit., P 145.

⁵⁰ Cláusula transcrita del modelo de contratos de Leasing, utilizados en Colombia, pero vemos que en la praxis comercial, las leasing por lo general, vende el bien, y distribuye el valor recibido por dicha venta a la suma adeudada, obligando al deudor a pagar el saldo restante. Otra posibilidad practica, es que el Locatario directamente, venda el bien a un tercero y éste último pague el total de los cánones e inclusive la opción de compra, evento en el que si el bien está sujeto a registro, el Locatario autoriza a la Leasing, para que la transmisión de los derechos se haga a favor del tercero quien pago la obligación.

4. Cláusulas de Adhesión

El contrato de Leasing por su naturaleza atípica, pertenece a la categoría de los denominados por la doctrina como de adhesión, en virtud del cual, los acuerdos pactados entre los contratantes se convierte en ley para las mismas, siempre y cuando no contravengan las leyes ni las buenas costumbres. (Art. 1602 del C.C.). Dentro de dichas cláusulas, las compañías de Leasing se exoneran de responsabilidad por la idoneidad del bien, las condiciones generales de funcionamiento, de la calidades técnicas – económicas de aquel, o las que recargan a costa del usuario la reparación, el mantenimiento, los seguros contra riesgos y todos los gastos por instalación, transporte, del bien objeto del contrato, impuestos, ó aquellas en la que se exonera de responsabilidad por el uso adecuado del bien, por perjuicios que puedan llegar a causarse a terceros, V. gr. En el caso de automotores, ya que los locatarios detentan la guardia material y jurídica del bien y por ende mal podría la Leasing a pesar de detentar la calidad de propietaria, entrar a indemnizar algún tipo de perjuicio por dichos concepto

Se incluyen además las cláusulas que facultan a la sociedad para dar por terminado el contrato, en casos de mora en el pago de los cánones, el uso indebido del bien materia del contrato, subarrendar los bienes, o por la desatención del usuario de observar las recomendaciones dadas por ella, o por otras causales especificadas en el contrato.

“La validez de las cláusulas mencionadas ha sido siempre cuestionada. Consideramos que tanto a la sociedad de leasing como al usuario les compete dos cargas interrelacionadas, a la primera, la carga de lealtad que consiste en dar la oportunidad a la otra parte de conocer el contexto total del contrato para así poder comprender y valorar ésta su sentido y alcance, y al segundo, la carga de diligencia que corresponde a todo negociante, que consiste en estudiar

rigurosamente las condiciones y cláusulas generales del contrato y no solamente los elementos esenciales, como medida de su aceptación. Si ambos contratantes proceden en este sentido, las cláusulas citadas son válidas, si la sociedad no cumple su carga y el usuario tampoco, las cláusulas también son válidas, pero si éste último cumple su carga de diligencia, las cláusulas que el otro contratante dispuso y no hizo conocibles son inválidas. Para ilustrar esta afirmación es pertinente resaltar que esta es la solución que consagra el artículo 1.341 del Código Civil Italiano que al decir de Francesco Messineo, “subordina la eficacia de aquellas cláusulas al efectivo conocimiento del contenido de ellas, o al hecho de que el contratante (más débil) las haya ignorado, pero por propia culpa” y según Renato Scognamiglio, “establece a cargo del proponente la carga de hacerle conocibles las cláusulas generales a la otra parte, y que de este modo procura incluir tales cláusulas en el contrato, que se conforma por el encuentro de la propuesta con la aceptación, sólo en cuanto al contenido conocido y conocible de la propuesta”⁵¹

⁵¹ ESCOBAR. Op cit., pág. 72.

CAPITULO V

Obligaciones originarias del contrato de leasing financiero

1. Obligaciones de la Leasing:

1.1 *adquirir el bien del proveedor*, Una vez se celebra el contrato de leasing, lo primero que deberá cumplir la sociedad leasing será adquirir del proveedor escogido, la propiedad del bien que va a entregar en arrendamiento al usuario. Resaltamos que la sociedad deberá procurarse el bien en propiedad, no bastará obtener del mismo la mera tenencia, pues el contrato leasing dará al usuario – arrendatario la opción de poder adquirirlo al vencimiento del término y dentro del precio que él paga por arrendamiento, se incluye la amortización del valor del bien, motivos que hacen indispensable la facultad dispositiva plena del bien en cabeza de la sociedad arrendadora.

Si la sociedad leasing no cumple con la obligación de adquirir los bienes que se precisaran para continuar con la operación leasing, su conducta hará imposible la continuación de aquélla.

Generalmente la sociedad leasing cede su posición en el contrato de compraventa que celebra con el proveedor, a fin de que éste proceda a cumplir con la entrega y el saneamiento en favor del usuario leasing. Con esta cesión en favor del usuario para recibir los bienes comprados al proveedor, la sociedad arrendadora cumple con su obligación de entregar los bienes al usuario⁵².

⁵² ARRUBLA , Ob. Cit. Pag. 139

En la praxis comercial, observamos que en muchas ocasiones el proveedor y el arrendatario es la misma persona, debiendo entonces celebrarse un contrato de compraventa entre el proveedor (futuro locatario) y la leasing, para que ésta una vez desembolse la suma acordada en el contrato de compraventa al proveedor, y sea la titular del derecho de dominio sobre el bien, se obligue para con el antiguo proveedor y futuro arrendatario a entregárselo en arrendamiento financiero leasing. Pasándose muchas veces por alto la tradición entrega que se reputa indispensable para el contrato de compraventa, así como la entrega del bien dado en arrendamiento por parte de la leasing al locatario, ya que éste último en ningún momento se ha despojado de su tenencia.

1.2. Entregar los bienes a los locatarios, Es finalidad primordial del contrato que el usuario leasing reciba los bienes objeto del contrato. Una vez adquiridos esos bienes por la sociedad leasing debe proceder a su entrega inmediata al tomador, obligación que podrá cumplir de manera física, material o simbólicamente, cuando dispone que el proveedor cumpla a su vez con la obligación de entregar los bienes en cabeza del usuario directamente.

Lo normal en el leasing financiero, no en otras modalidades como en el operativo, es que la sociedad leasing quiera desentenderse de los bienes que van a ser objeto del contrato. El proveedor tiene una obligación para con su compradora que es la de entregar la cosa vendida, pero a su vez, ésta tendrá la obligación con el tomador de entregarle los bienes objeto del leasing; pues se simplifica el camino, sustituyendo la obligación de la sociedad leasing frente al usuario, por el derecho que ésta tiene de exigirle al proveedor la entrega de lo comprado.

1.3. Garantizar la tenencia del Bien a los Locatarios, Como todo arrendador, la sociedad leasing está obligada a garantizar el goce del bien para el arrendatario durante la duración del contrato leasing. Sin embargo, muchas de las subobligaciones en las que se escindiría la que estudiamos, se ven desplazadas o

al proveedor o al mismo usuario. Por ejemplo la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin que fue arrendada, obligaría al arrendador a realizar todas las reparaciones necesarias en ella, sin embargo es una carga que se desplaza al usuario desde la celebración del contrato, en virtud de la inserción de una cláusula expresa. La obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios, también se coloca en cabeza del proveedor, a quien se advierte que deberá cumplir con esta obligación que le compete como vendedor, directamente a favor del usuario leasing.

No obstante, es preciso tener presente que el arrendador es la sociedad leasing y dentro de su esfera de responsabilidad contractual, debe responder frente al usuario por la cesión del goce del bien durante la duración del contrato⁵³.

Consecuencialmente de todo lo anteriormente expuesto la leasing se obliga a librar a los locatarios de toda perturbación ilegítima en el uso y goce del bien, siempre y cuando los primeros cumplan con todas y cada una de las obligaciones pactadas en el contrato, dentro de éstas la mas importante la del pago de la contraprestación o canon en el término convenido.

1.4. Recibir el bien al momento de expiración del plazo, Una vez haya fenecido el plazo inicialmente en el contrato y el locatario haya dispuesto no hacer uso de la opción de adquisición o no haya solicitado la prorroga del plazo inicialmente pactado, la leasing estará obligada a recibir el bien, siempre y cuando la restitución se haga en el mismo buen estado de funcionamiento en que fue recibido por el locatario al inicio del contrato. Los gastos que se generen por la restitución del bien correrán a cargo de éste último.

1.5. Permitir ejercer la opción de adquisición u opción de compra, Sobre el bien materia del contrato. En este aspecto no se encuentra mucha confusión, pero si es conveniente resaltar que desde el momento en que se suscribe el

contrato debe estar debidamente identificado el valor que en futuro se va a pagar por dicho concepto, así sea en porcentaje, verbigracia, el 1% del valor comercial del bien al momento de la celebración del contrato. Las partes de común acuerdo deberán definir el procedimiento y plazo dentro del cual se legalice y tramite la documentación necesaria para que se transfiera el dominio del bien

2. Obligaciones del proveedor

2.1 Entregar la cosa. Una vez comprado el bien por la leasing, y autorizada por parte de está la entrega del bien a los locatarios, constituye para el proveedor la obligación de hacer entrega del bien, que había sido previamente escogido e individualizado por el locatario. Correspondiendo a éste último, sin perjuicio de algún otro convenio en el clausurado del contrato, los gastos por el transporte del bien dado en arrendamiento a su lugar de explotación.

2.2 Saneamiento. Por virtud de la compra hecha por la Leasing al proveedor y la entrega que éste hace a los locatarios, se transmite a éste y no a la leasing como propietaria la obligación de responder de los defectos ocultos del bien, llamados “vicios redhibitorios “

2.2.1 Saneamiento por evicción. El proveedor en calidad de vendedor le garantiza a la sociedad leasing que le transfiere el dominio en forma libre y sana, y por esta razón no va ser evicto, es decir, despojado del bien por acción de un tercero y mediante sentencia judicial. De esta manera el vendedor debe proteger al comprador contra las perturbaciones de terceros que aleguen derechos sobre la cosa e indemnizarlo de los perjuicios sufridos, artículos 1893 del Código Civil y s.s. artículo 940 incisos 2 y 3 del Código de Comercio.

⁵³ Idem. Pag. 140.

2.2.2. Saneamiento de Vicios redhibitorios. Son aquellos que imposibilitan la explotación económica del bien. Son tres los requisitos de estos defectos de naturaleza intrínseca: 1) haber existido al tiempo del contrato; 2) Ser tales que por ellos la cosa no sirva para uso normal, o sólo sirva imperfectamente, de manera que pueda presumir que conociéndolos el comprador, la hubiere comprado a menos precio o no la hubiere comprado; 3) deben ser ocultos.

Si el bien dado en leasing está afectado por cualquiera de estos vicios, el usuario no puede dirigirse contra la sociedad de leasing, ya que está se ha exonerado de responsabilidad por este concepto, pues si el tomador no los advirtió disponiendo de medios técnicos para ello, menos exigible es esta diligencia para aquella que ni ha recibido el bien ni posee forma de conocerlos. El usuario tiene dos acciones contra el proveedor con base en la cesión de los derechos de garantía por la sociedad de leasing, y optará entre ellas, según el vicio, afecte o no en forma notable su derecho de uso y goce:

1. La “*actio redhibitoria*” o de resolución de la compraventa: con la resolución de la venta termina también el contrato de leasing por pérdida del uso y goce del bien. Es un dictado de equidad.
2. La “*actio quanti minoris*” o acción estimatoria: es procedente cuando el usuario opta por continuar el contrato. Por implicar una disminución en la inversión realizada por la sociedad de leasing”. y en consecuencia los cánones de leasing deberán ser reajustados. “En estos dos casos el usuario puede exigir la indemnización de perjuicios causados, siempre que el vendedor conociera o debiera conocer los vicios del bien al momento de celebrar el contrato, artículos 934 del C. de Co. y Art. 1.914 del C.C. y s.s.

3. Obligaciones del Usuario.

3.1 Escoger el Bien que va ser entregado en arrendamiento, Constituye el presente hecho, una de las obligaciones precontractuales del contrato de Leasing, ya que el interesado - usuario, después de haber observado y determinado fehacientemente las características del bien que pretende sea adquirido por la leasing, debe allegar a la compañía la propuesta de compraventa expedida por el proveedor y los documentos necesarios para comprobar la capacidad de pago de la renta mensual por parte del locatario, para que la leasing una vez, examinados los mencionados documentos opte por la compra y por la celebración del contrato de leasing con el usuario.

3.2 Pago de la renta, Una vez celebrado el contrato de leasing, lo primero y tal vez la obligación más importante del locatario es el pago del canon, - Generalmente pagadero de manera mensual – el cual como ya se ha manifestado anteriormente, debe ser obtenido con el producto de la explotación del bien.

El canon deberá ser pagadero en el lugar de cumplimiento establecido en el contrato y a falta de éste, deberá suplirse por analogía de la ley, con lo estipulado en el artículo 876 del Código de Comercio, es decir en el domicilio del acreedor al tiempo del vencimiento. Pero en el evento en que sea distinto el domicilio del acreedor, al tiempo de contraerse la obligación y al tiempo del vencimiento del canon, haciendo más gravosa la situación para efectuar el pago, éste deberá efectuarse en cualquiera de los dos lugares, previo aviso al acreedor.

En materia de Incumplimiento en el pago, considero importante la apreciación dada por el Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar, en el Tomo 2 de “los contratos atípicos” de la Obra Contratos Mercantiles, en la que de manera respetable afirma que, “El incumplimiento de la obligación del tomador en el pago de la renta periódica da lugar a algunos problemas sobre la relevancia que tenga o no dicho

incumplimiento para dar por terminado el contrato. Dos advertencias son necesarias antes de llegar a alguna conclusión; la primera de ellas es que el leasing es un convenio Bilateral de colaboración y no es lógico que el más leve incumplimiento dé lugar a la terminación del contrato, y la segunda es que no existiendo regulación expresa sobre la materia, es preciso acudir a la analogía de situaciones semejantes en la legislación mercantil o civil.

El artículo 2035 del Código Civil señala que no estará el arrendatario en mora de cumplir su obligación, sino cuando ha sido constituido en mora, para lo cual se precisa de la mora en el pago de un periodo entero, de dos reconvenciones entre las cuales medien a lo menos cuatro días, y que pase un mes dentro del cual pudiera evitar la terminación del contrato de arrendamiento, pagando o prestando seguridad suficiente de que verificará el pago dentro de un plazo razonable.

Por otro lado, la legislación mercantil colombiana establece para el contrato de suministro, que como el leasing es Bilateral, de colaboración y de duración, bastará para hacer cesar el contrato cualquier incumplimiento, es indispensable que ese incumplimiento lleve a concluir que la parte no estará en condiciones de atender su prestación en el futuro.

También el artículo 873 del Código de Comercio Colombiano, refiriéndose aqI pago en general, dispone en su párrafo tercero que en los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación sólo será exigible en proporción a la contraprestación cumplida, sin perjuicio de que la caución cubra el total de la obligación.

Finalmente concluye su apreciación aduciendo que el mero incumplimiento del pago de la prestación periódica no da lugar a la terminación del contrato. Para la contratación mercantil quiso el legislador que el incumplimiento con relevancia para dar por terminado el contrato, fuese un incumplimiento grave que llevara a

pensar en la imposibilidad de que el deudor continúe en el futuro atendiendo sus obligaciones. Por ello, consideramos que la aplicación analógica de la norma establecida para el arrendamiento civil en el artículo citado, es perfectamente compatible con el leasing e idónea para llenar el vacío en su regulación.

Para controvertir la propuesta dada por el Ilustre catedrático, las compañías financieras especializadas en leasing, adicionan una cláusula al contrato en la que se manifiesta que el incumplimiento de tan solo uno de los cánones del contrato de arrendamiento, da lugar a la terminación anticipada del contrato, prevaleciendo como fuente formal del derecho la estipulaciones contractuales, sobre la aplicación analógica de las leyes comerciales al contrato en comento.

3.3 Conservación y destinación adeudada de los bienes. Por lo que el usuario no puede cambiar el uso del bien que le es propio de acuerdo con su naturaleza, a los imperativos técnicos y a su función profesional.

El contrato de leasing beneficia a ambos contratantes y por lo tanto, responde en el cuidado de la cosa hasta por la culpa leve. El incumplimiento de esta obligación de conservación, hace responsable al tomador de los perjuicios que con su conducta ocasione e incluso da lugar a que la sociedad leasing pueda poner fin al contrato.

3.4 Mantenimiento del bien, El tomador del leasing como mero tenedor de la cosa está obligado a efectuar las reparaciones locativas, es decir aquellas que tiene por objeto corregir los deterioros que experimenta la cosa, por el uso normal que se hace de ellos. Las reparaciones necesarias, que son aquellas indispensables para la subsistencia misma de la cosa, son de cargo de los arrendadores, salvo que los contratantes acuerden otra cosa⁵⁴, como en efecto se observa en praxis comercial, toda las reparaciones del bien entregado en

arrendamiento están e cargo de los locatarios, puesto que las leasing no adquieren ningún tipo de responsabilidad sobre estos aspectos.

3.5 Asumir las obligaciones y derechos desplazables, Ya observamos que en el leasing el interés económico sobre la cosa corresponde al tomador y por ello, la sociedad leasing tiende a transferir a ese tomador sus derechos y obligaciones sobre ella, ya que la presencia de la sociedad dadora en la operación es tan solo para facilitar la financiación del equipo que necesita.

Por tanto se desplazan hacia el usuario algunos derechos de la sociedad leasing frente al proveedor y algunas obligaciones que según la normatividad usual del arrendamiento, corresponderá a la misma sociedad leasing. El usuario se encuentra obligado a asumir estos derechos y obligaciones que se radican en su cabeza.

Los derechos de la sociedad leasing frente al proveedor que se desplazan al usuario son: el de exigir la entrega de la cosa comprada y de exigir el saneamiento por evicción y de los vicios redhibitorios.

También por la naturaleza propia del leasing, los riesgos por la pérdida destrucción de la cosa se trasladan de su dueña (la sociedad leasing) a cabeza del usuario quien se obliga además a mantener los bienes debidamente asegurados contra riegos mas probables de ocurrencia y que generalmente se señalan en el contrato. Sino cumple su obligación de mantener los bienes debidamente asegurados, en caso de pérdida será el usuario quien deba soportarla.

3.6 Restituir los bienes en leasing al finalizar el término del contrato, Como ya fue observado anteriormente en reiteradas oportunidades, si el locatario opta

⁵⁴ Ibidem, Página 143 – 144.

por no hacer uso de la opción de compra o de prorrogar el contrato, deberá restituirlo en iguales condiciones de funcionamiento a las que le fue entregado por la leasing al inicio del contrato. En la praxis encontramos además, que podrá restituirse el bien entregado en arrendamiento antes del plazo inicialmente pactado en el contrato, si por incapacidad económica el locatario no puede seguir cumpliendo con las cláusulas del contrato.

4. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

4.1. Ineficacia y Disolución

La cesación de los efectos jurídicos de un contrato de Leasing, puede provenir por circunstancias concomitantes a la celebración del contrato o por circunstancias posteriores a su perfeccionamiento.

Cuando el contrato se encuentra viciado desde su celebración, hablaremos entonces de su ineficacia. Esta sanción de los negocios jurídicos presenta diversas modalidades a saber: La Inexistencia, la Nulidad (Absoluta o Relativa) la inoponibilidad y la calificada como ineficacia por el Código de Comercio.

El contrato de Leasing es Inexistente cuando no reúne los elementos esenciales genéricos de todo negocio jurídico previstos en el artículo 1502 del Código Civil (Capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita), o los específicos (término Inicial y opción de compra), en esté último evento el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro contrato como ya fue expresado. La inexistencia no se requiere pronunciamiento judicial.

Para la formación válida del contrato se requiere además que el mismo no esté viciado por ninguna de las causales de nulidad taxativamente expresadas por la ley. Estas son Absolutas (Falta de alguna de las solemnidades que la ley prescribe

para su valor, incapacidad absoluta, objeto o causa ilícita) y relativas (Vicios del consentimiento, incapacidad relativa, lesión enorme). El negocio jurídico aparentemente es eficaz, para la privación de sus efectos requiere declaración judicial. Si se trata de nulidad absoluta debe ser pronunciada de oficio, y puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello inclusive por el Ministerio Público y si no proviene de causa u objeto ilícito es susceptible de sanearse por ratificación; la declaración judicial de la nulidad relativa sólo puede pronunciarse a petición de quien se encuentre legitimado para ello, no puede ser decretada de oficio ni alegada por el Ministerio Público y en todos los casos puede sanearse por prescripción o ratificación, art. 1740 y s.s. del Código Civil art. 2º Ley 50 de 1936, art. 899 del C. de Co. y concordantes.

En consideración al poder regulador de la voluntad privada los contratos deben ser reconocidos por los terceros, salvo aquellos para los que la ley exige como formalidad especial su inscripción en el registro público. Si se pretermite esta exigencia el negocio no es oponible, es decir no surte efectos frente a terceros, artículo 901 del Código de Comercio. El contrato de Leasing no está sometido a esta formalidad.

Por último nuestro Estatuto Mercantil consagra una sanción especial denominada ineficacia que se configura, cuando un negocio jurídico no obstante reunir las condiciones para su formación, la ley lo fulmina con la no producción de efectos jurídicos. Por esta razón le otorga el mismo tratamiento de los negocios inexistentes, como consecuencia de ello, no requiere declaración judicial, art. 897 del C. de Co. y concordantes.

La disolución del contrato de leasing financiero presupone que el contrato reúne todas las condiciones de existencia y validez, es decir, que es en su plenitud jurídicamente eficaz, pero por circunstancias posteriores a su nacimiento se produce su ineficacia. La disolución del contrato de Leasing puede ser regular o

irregular, según opere la expiración del término, dentro del cual las partes se comprometen, modalidad conocida como terminación normal o regular del contrato de leasing, o antes de la ocurrencia del término estipulado, modalidad conocida como terminación anticipada o irregular⁵⁵.

4.2 Terminación Normal.

El contrato de Leasing está sometido a un término o plazo libremente escogido por los contratantes al momento de la celebración del contrato, plazo que consiste en un hecho futuro cierto del cual pende la extinción del contrato.

Durante este período de tiempo que va desde la celebración del contrato hasta que se cumple el plazo estipulado, las partes permanecen obligadas en los términos del contrato y éste produce la plenitud de sus efectos jurídicos. Si el usuario antes de la expiración del término no manifiesta expresamente su querer de ejercer la opción de compra o novar el contrato en la forma convenida, a su acaecimiento se produce la terminación del contrato de leasing financiero, que entraña la privación de su eficacia para el futuro. Esta disolución opera de pleno derecho sin necesidad de pronunciamiento judicial.

La consecuencia de este fenómeno es la obligación del usuario de restituir el bien, en buen estado, salvo el desgaste natural por su uso, so pena de responder civilmente por la mora.

Pero en caso de no restituir las partes tienen dos opciones:

⁵⁵ ESCOBAR. Op cit., pág. 89-90.

4.2.1. La creación de un nuevo contrato de Leasing.

En el que deberá recalcularse el valor de los cánones, pues se sobreentiende que la Leasing, con el valor obtenido por concepto de los cánones en el plazo inicialmente pactado, debió haber recuperado el valor de la inversión, los intereses y ha satisfecho una utilidad, que por obvias razones no podrá ser la misma que la inicialmente pactada. En esta nueva contratación por ningún motivo se podrá pasar por alto el valor de la opción de compra, ni el plazo de expiración del contrato pues como ya lo señalamos anteriormente, son elementos esenciales del contrato de Leasing y de llegar a faltar uno de ellos, degeneraría en otra clase de contrato. Sobre éste aspecto conceptúa José Martín Oviedo lo siguiente: “Desde un punto de vista jurídico no se trata exactamente de continuar el contrato (prórroga), puesto que el plazo de expiración tiene carácter esencial y la continuación significa la modificación de algunas cláusulas del contrato primitivo (cantidades a pagar por el usuario y plazo de terminación básicamente). Estamos por ello o bien ante una novación modificativa de índole objetiva, o bien ante la conclusión de un nuevo contrato de leasing entre las mismas partes y respecto de los mismos objetos que el anterior.”⁵⁶

La Leasing debe aceptar expresamente dentro del plazo convenido, en forma previa a la terminación del contrato, el hecho de crear un nuevo contrato, para que de esta forma oponerse el usuario a la restitución del bien. “En caso de silencio del usuario, el contrato termina en forma simple y pura y por tener la aprehensión de la cosa a título precario, la sociedad de leasing puede solicitar la restitución en cualquier momento, (por analogía), artículo 2.014 Inciso 2º del Código Civil”⁵⁷.

⁵⁶ MARTÍN OVIEDO Jose A. “Naturaleza y Régimen Jurídico de las Operaciones de Leasing”
Página 1.602

⁵⁷ ESCOBAR. Op cit., pág. 92.

4.2.2 Hacer uso de la Opción Compra.

Por haber sido un tema debatido varias veces en el transcurso de la presente investigación, no se hará mayor énfasis en éste aspecto, tan solo basta señalar que si el usuario no restituye el bien, ni solicita la creación de un nuevo contrato de leasing, tan solo podrá manifestar a la Leasing su deseo de pagar el valor acordado a título de opción de compra, la cual dependerá del grado de obsolescencia del equipo, y de otras circunstancias, referentes a la situación financiera y planes de producción, como a las estrategias de comercialización y condiciones del mercado de bienes de equipo.

La opción de compra es un derecho esencial del usuario que debe ejercerse en el plazo convenido por las partes antes de la terminación del contrato, en cuyo caso se perfecciona el contrato. Este es un contrato típico de compraventa sometido al régimen jurídico de este negocio, su peculiaridad más sobresaliente es que la sociedad de leasing no esta obligada al saneamiento o garantía en las modalidades de evicción y vicios ocultos, lo que no desnaturaliza esta forma de enajenación por tratarse de elementos sobre los cuales pueden disponer los contratantes por no vulnerar el orden público”⁵⁸.

4.3 Terminación Anticipada o irregular.

Con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad privada, contenido en el artículo 1602 del Código Civil, pueden las partes privar la eficacia del contrato. Lo que no es posible, es que de manera unilateral una de ellas, sin ninguna causa que lo justifique pretenda su revocatoria, por cuanto tendría que entrar a indemnizar los perjuicios ocasionados a la parte perjudicada. Este último es el sentido que debe dársele a la expresión “Término Irrevocable” que se emplea para designar este elemento del contrato.

El contrato puede terminar por otras causas, extinción del derecho de propiedad de la sociedad de leasing (expropiación por motivos de utilidad pública, enajenación, adquisición del bien por el usuario), a parición de una condición resolutoria, la disolución y liquidación de la sociedad de leasing, la extinción de la empresa usuaria, o su muerte si es persona natural, o por las previstas en el artículo 1.625 del código Civil.”⁵⁹

El contrato termina por desaparecer su objeto, lo que requiere declaración judicial, y el sentido de la cláusula de “*Vis mejor obstativa*” señalada en el acápite de las obligaciones de las partes, es trasladar los riesgos de pérdida o de deterioro del bien al usuario conforme con la intención de los contratantes.

A continuación analizaremos la causal de terminación del contrato por la infracción imputable a una parte, fenómeno que en técnica jurídica recibe la denominación de resolución por incumplimiento:

4.3.1 Resolución por Incumplimiento del contrato. La resolución del contrato no solo proviene del incumplimiento del usuario, como predicen muchos autores, sino también puede provenir de la leasing⁶⁰.

El contrato de Leasing a pesar de ser un contrato de naturaleza atípica, por ningún motivo puede pasar por alto el precepto legal contenido en el artículo 1.546 del Código Civil, en donde se prevé que “ En los contratos Bilaterales va en vuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. “El cumplimiento del contrato puede efectuarse de dos maneras distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue pactada (cumplimiento en

⁵⁸ Ibid. Pág, 93

⁵⁹ Ibidem. Pág. 94

⁶⁰ Coillot. Op cit. Pág. 192 y Rodriguez Azuero, Op cit. Pág. 502

especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución equivalente), en ambos casos con indemnización de perjuicios por la mora”⁶¹ si opta por la resolución, es necesario dos requisitos, que no haya tenido culpa y que el contratante incumplido se encuentre en mora.

El incumplimiento total de una obligación esencial del contrato de leasing faculta al otro contratante para pedir la resolución. No toda infracción al contrato produce la misma consecuencia, es necesario valorar el alcance y la naturaleza de ésta. Jean Carbonier conceptúa: “Si el incumplimiento recae sobre una obligación accesoria, o afectando una obligación esencial, pero sólo parcialmente, puede haber lugar o no, según los casos, a la resolución” y más adelante agrega: “Si el contrato conserva interés o utilidad para el acreedor, los jueces pueden conservar su vigencia y conceder una indemnización. La resolución depende en mayor o menor grado de la gravedad del incumplimiento.

4. Resolución Legal.

La resolución del contrato de leasing puede ser legal o convencional. Nuestro ordenamiento privado previó la resolución legal para todos los contratos bilaterales en los artículos 1.546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Está es conocida como condición resolutoria tácita, su sentido es conservar la simetría exigida por la interdependencia de las obligaciones surgidas del contrato bilateral.”⁶²

2. Resolución Convencional.

Por otra parte dentro de las causas convencionales más importantes tenemos: el no pago oportuno del canon mensual, por un periodo o más; El uso indebido del

⁶¹ Escobar Op. cit pág 95 Cita, Casación, noviembre 3 de 1977.

⁶² Ibid. Pág. 95 Cita a CARBONIER. Jean, Derecho Civil. Tomo II, Vol II, Barcelona, Casa Editorial Bosch. Págs 644 – 645.

bien materia del contrato; si los locatarios grabaren con cualquier clase de cargas o garantías el bien y, cuando éste sea afectado por medidas cautelares por hechos extraños a la Leasing; Dar en tenencia el bien a terceros o entregarlo para su explotación bajo cualquier modalidad contractual o ceder sin autorización previa y escrita de la Leasing; Cualquier acción judicial que involucre el bien objeto del contrato; Cuando existiendo entre las partes varios contratos de Leasing, los Locatarios se encuentran en mora de cumplir al menos una de las obligaciones derivadas de uno o algunos de los contratos, o cualquiera otra prestación a favor de la leasing; El mantener desasegurado el bien objeto del contrato; Por el no mantenimiento y por no permitir la inspección a que tiene derecho la Leasing⁶³, y en relación a la Sociedad de Leasing; Por el no pago del precio de compra del material que es su obligación principal y por turbar con actos culposos el uso y goce del bien.

El incumplimiento de las obligaciones del proveedor resuelve el contrato de compraventa y esto obra como condición resolutoria del contrato de leasing, puesto que para la entrega del bien al usuario, es necesario el cumplimiento previo del proveedor. Otro tanto sucede con la obligación de saneamiento o de garantía de la cual la sociedad de leasing se exonera y transfiere al proveedor.

El contratante incumplido es obligado al resarcimiento de los perjuicios. Para el efecto, las sociedades de Leasing estipulan a su favor una cláusula penal bajo la modalidad de estimación anticipada de perjuicios por un monto equivalente al valor de los cánones que se encuentren pendientes de causarse, sin perjuicio de su obligación de devolver el bien, y pagar las sumas que se hayan causado hasta la terminación anticipada⁶⁴, al paso que a favor del usuario, establecen una pena

⁶³ Causales de terminación transcritas del modelo de contratos de Leasing, utilizados en Colombia, (vista en Cláusulas Décima y Décimo Sexta del Contrato de Leasing adjunto como anexo)

⁶⁴ Tomado del literal c) de la Cláusula Vigésima del Contrato de Leasing adjunto como anexo. Formato utilizado por las Compañías de Leasing en Colombia.

equivalente a uno de los cánones, si el proveedor por falta de pago no permitiere pone el bien a “disposición” del usuario.

TERCERA PARTE

CAPITULO I

Aspectos Procedimentales

1. Trámite al que se ciñe su ejecución. A luces del numeral décimo del artículo 408 del Código de procedimiento Civil, el proceso de restitución de los bienes dados en arrendamiento financiero “Leasing” se adelanta por los trámites del Proceso ABREVIADO. Y más explícitamente por el trámite señalado en el artículo 424 y subsiguientes del C.P.C., Por lo que compete su conocimiento al Juez Civil, bien sea Municipal o del Circuito dependiendo de la cuantía resultante de multiplicar el número de cánones por el periodo inicialmente pactado. (Numeral 7º del artículo 20 del C.P.C. Modificado por la ley 820 de 2003 Art. 40).

En lo que concierne a la competencia por factor territorial para este tipo de procesos, encontramos que ocurre una excepción para los bienes de naturaleza mueble, (V. gr. Automotores, Maquinaria amarilla) puesto que dichos bienes, conforme al clausurado del contrato, tienen la autorización de la leasing para movilizarse por todo el territorio nacional, por lo que puede cualquier Juzgado llámese Civil Municipal o Civil del Circuito a nivel nacional a conveniencia de la leasing (según la cuantía de los cánones anteriormente señalados), el encargado de avocar conocimiento para este tipo de procesos. (Art. 23 ibídem).

2. Cumplimiento de carga procesal para poder oír al demandado en juicio

Tal y como se expuso anteriormente, para los Jueces Civiles Municipales y los Civiles del Circuito del territorio nacional, es claro que al proceso Abreviado de restitución (bien sea, de naturaleza mueble o inmueble) debe dársele el trámite señalado en el artículo 424 y subsiguientes del Código de procedimiento civil, y

como tal, el demandado antes de ser oído en el proceso debe cumplir con la carga procesal señalada en los numerales 2 y 3 del párrafo 2º que literalmente enseñan:

Artículo 424.- Modificado. D.E. 2282 de 1989, art.1º, num. 227. Restitución del inmueble arrendado. Cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las siguientes reglas:

Parágrafo 2º. Contestación, derecho de retención y consignación.

...

2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél.

"3. Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo."

Preceptos legales que otorgan a la leasing privilegio ante los demás acreedores para satisfacer el pago de sus acreencias, por virtud de que esta última en ningún momento deja de ser la propietaria del bien entregado en arrendamiento financiero.

2.1. Análisis Jurisprudencial.

Sobre éste aspecto es conveniente efectuar un breve estudio, puesto que han sido muchas las inconformidades presentadas con éstos preceptos de ley, por considerar que con el requerimiento de dicha carga procesal se está vulnerando "el derecho al debido proceso al hacer nugatoria la efectividad de los derechos del demandado reconocidos en la ley sustancial, violándosele además su derecho a la defensa, porque le está vedado presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. Además, obstaculizan y entran el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, ya que no debe existir ningún condicionamiento para acudir a un órgano jurisdiccional y obtener una definición acerca de lo que se pretenda o para poder oponerse a las pretensiones de la contraparte, y adicionalmente atentan contra los principios derechos y deberes consagrados en la Constitución y el derecho a la igualdad"⁶⁵.

Sobre el Numeral 2º del artículo 424, La Corte Constitucional en sentencia C –070 de 1993, en ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló: "La exigencia impuesta por el legislador al arrendatario demandado responde a las reglas generales que regulan la distribución de la carga de la prueba, se muestra razonable con respecto a los fines buscados por el legislador y no es contraria a las garantías judiciales del debido proceso consagradas en la Constitución y los tratados internacionales que guían la interpretación de los derechos fundamentales".

"La causal de terminación del contrato de arrendamiento por falta de pago de los cánones de arrendamiento, cuando ésta es invocada por el demandante para exigir la restitución del inmueble, coloca al arrendador ante la imposibilidad de demostrar un hecho indefinido: el no pago. No es lógico aplicar a este evento el principio general del derecho probatorio según el cual "incumbe al actor probar los

hechos en los que basa su pretensión". Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos."⁶⁶

Por otra parte y en lo que respecta, al numeral 3 del mismo párrafo y artículo encontramos que la Honorable Corporación Constitucional se pronunció en sentencia C-056 de 1996 en ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía efectuando las siguientes apreciaciones:

"No tendría sentido exigir la consignación de los cánones adeudados, según la demanda, o, en su defecto, la prueba del pago de los correspondientes a los tres últimos períodos, y permitir que luego el arrendador demandado dejara de pagar mientras el proceso se tramitara. La presentación de la demanda no tiene por qué modificar las obligaciones que el contrato de arrendamiento crea para las partes: el arrendador sigue obligado a "conceder el goce de una cosa" y a cumplir concretamente las obligaciones a que se refiere el artículo 1982 del Código Civil, y todo lo que de ellas se deriva; y el arrendatario, "a pagar por este goce"⁶⁷.

Sobre estos precedentes también se encuentran posiciones adversas como las de los magistrados Ciro Angarita Barón y José Gregorio Hernández Galindo, quienes disienten de la constitucionalidad de los mencionados numerales en sus

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-056 del 04 de Marzo de 1.998. MP. Antonio Barrera Carbonel.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-070 del 25 de Febrero de 1.993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-056 del 15 de Febrero de 1.996. MP. Jorge Arango Mejía.

salvamentos de voto al considerar que “Se trata de una regla procesal que desconoce sin rodeos nada menos que la garantía constitucional de la defensa que es parte insustituible e imprescindible del debido proceso.⁶⁸” y que en su sentir hace inútil el proceso. Puesto que “No puede el arrendatario demostrar el pago "ab initio", queda desde ya condenado, porque el sistema jurídico, contra lo expresamente ordenado por la Constitución y por fuera de todo criterio de justicia, le niega la posibilidad de argumentar en su defensa”⁶⁹. Posiciones éstas últimas muy respetables, pero que nuestro ordenamiento jurídico no ha acogido y que igualmente discrepan con el consentimiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la que en algunas oportunidades al dirimir conflictos en recursos de casación, ha aceptado la sustentación de la Corte Constitucional, y la adopta como cosa juzgada constitucional consagrada en el artículo 243 de la Carta Política⁷⁰.

3. Representación de los usuarios en procesos de restitución por medio de curador ad litem:

Diferentes posiciones han adquirido los Juzgados Civiles Municipales y del Circuito del país sobre la representación de los locatarios ilocalizados por intermedio de los curadores ad – litem, en los procesos de restitución de bienes dados en Leasing, ya que el auxiliar de justicia, difícilmente cumplirá con la carga procesal consignada en los numerales 2 y 3 del párrafo 2º del Código de Procedimiento Civil, para representar al deudor ausente.

Difícil situación corresponde al Juzgador entonces al momento de entrar a emitir un pronunciamiento de fondo, sobre excepciones formuladas por un auxiliar de justicia, y las pretensiones de la demanda en un proceso de restitución, ya que a

⁶⁸ Ibidem Sentencia C- 070 de 1993.

⁶⁹ Ibidem Sentencia C – 058 de 1998.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Decisión del 29 de Enero de 2.003 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

su arbitrio deberá escoger si hace prevalecer la carga procesal señalada en los numerales precedentes o hará prevalecer el derecho a la defensa, que le asiste al deudor ausente, a simple vista una decisión fácil de tomar, pero en la praxis judicial encontramos que muchas veces se prefiere la primera, por celeridad, que al principio constitucional del Derecho a la defensa.

A nuestro Juicio consideramos que existe un vacío de la norma, sobre éste aspecto, el que sería prudente acoger como excepción del artículo 424 de Nuestro Estatuto Procesal Civil.

4. De la Responsabilidad Civil Extracontractual de las Compañías de Leasing:

Como es bien sabido el Código Civil en su título XXXIV artículos 2341 a 2360 tratan y definen la Responsabilidad común por los delitos y las culpas, y es con fundamento en dicha normatividad que vinculan a las compañías de Leasing, como terceros Civilmente responsables de los daños y perjuicios que puedan causar los bienes entregados en arrendamiento, - en especial los automotores por desplegar una actividad peligrosa - a terceras personas.

Por dichos motivos observamos en la practica judicial con cierta frecuencia que las Leasing, son llamadas a responder en los procesos de responsabilidad civil extracontractual como terceros civilmente responsables, de forma solidaria con la persona que iba conduciendo el rodante, por los daños y perjuicios causados en accidentes de tránsito, pues en principio se presupone que el propietario es quien ostenta el control y la guardia material y jurídica del rodante.

Pero es con virtud en el clausurado del contrato de leasing, donde las financieras, se exoneran de toda responsabilidad al manifestar que “LOS LOCATARIOS expresamente exoneran a LA LEASING de cualquier responsabilidad por la

idoneidad del bien, su funcionamiento, características técnicas y, en el caso de bienes importados por terceros, por el cumplimiento de los requisitos legales para su importación.⁷¹(...) Puesto que las leasing, tan solo han servido como mediadoras del mercado financiero, al adquirir los bienes anhelados por el locatario para su desarrollo industrial y por consiguiente son éstos últimos, como verdaderos guardianes de los bienes quienes deben entrar a reparar los daños y perjuicios causados.

Contrario sensu donde no mediara un contrato de arrendamiento, es decir donde el bien causante del perjuicio estuviere efectuando una actividad propia de la compañía de leasing, y el conductor causante de los daños y perjuicios fuere un dependiente de la financiera, caso en el cual si se vería inmersa la responsabilidad de la Leasing sin ningún reparo.

Desarrollando éste último precepto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 11 de Agosto de 1.965, preciso que para que “pueda operar una presunción de culpa por razón de los actos perjudiciales ocasionados por persona que dependa de otra, es necesario que el agente causante de ella dependa como subordinado de la persona a quien se exige la reparación por el hecho de su agente o subordinado. Si tal carácter de subordinación o dependencia no se demuestra falta la presunción de culpa.⁷²” y más adelante apuntó “invocando como infringido el artículo 2341 del Código Civil, la prueba del daño, de la culpa y del nexo causal entre estos elementos queda sometida a las normas comunes: pero en el ámbito del artículo 2347 ibídem el actor debe demostrar la relación de dependencia, de subordinación de la persona directamente causante del daño para que opere la presunción allí consagrada y, desde luego, la relación de causalidad entre esta y el daño”.

⁷¹ Tomado de la Cláusula SEXTA del contrato de Leasing, adjunto como anexo. Modelo de contrato adoptado por las compañías de leasing en Colombia.

Y en similar determinación, pero del 4 de Julio de 1977, puntualizó que en cuanto respecta a “la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, en su sentencia del 18 de mayo de 1972, esta sala expuso que constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2356 del Código civil “el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma. Es preciso, por lo tanto, indagar en cada caso concreto quien es el responsable de la actividad peligrosa.

“El responsable por el hecho de cosas inanimadas, es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesariamente e ineludiblemente el de guardián, pero si lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se prueba lo contrario.⁷³”

Y también, en sentencia del 26 de Noviembre de 1999, preciso que “hay que advertir que al momento de verificar contra quien se dirige la demanda de responsabilidad civil derivada del ejercicio de las actividades peligrosas, la cuestión debe ser examinada según quienes sean sus guardianes, perspectiva desde la cual se comprenden por pasiva todas aquellas personas naturales o jurídicas de quienes se pueda predicar potestad, uso, mando, control o aprovechamiento efectivo del instrumento mediante el cual se realizan aquellas actividades.⁷⁴”

Indudablemente resulta entonces, que mediante la suscripción del contrato de arrendamiento financiero, los usuarios entran a ejercer la tenencia y guarda material del bien, dejando a la leasing en un plano de ajenidad frente a los insucesos ocasionados.

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de Agosto de 1965.

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de Julio de 1977.

En algunas otras oportunidades hemos observado como se llama a responder a la leasing por perjuicios causados a los usuarios, por vicios redhibitorios de los bienes entregados en arrendamiento, los que como ya expusimos en el capítulo de las obligaciones de las partes, le corresponde el saneamiento de dichos vicios al proveedor, por cuanto es quien ostenta la calidad de vendedor y por ende quien está obligado de transferir el bien de forma libre y sana, y no a la leasing como simple dispensadora de los recursos para la adquisición del bien. De esta forma fue adoptado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia 6462 del 13 de diciembre de 2.002 al señalar: “la compañía de leasing, es la regla, se sitúa al margen de la escogencia del bien, la cual se verifica en función de las necesidades de quien habrá de ser contratista, quien determina –*ex ante*- sus características, funcionalidad, e incluso el proveedor mismo, según se delineó⁷⁵. En tal virtud, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing, de ordinario, se hace en atención a esos requerimientos específicos del cliente; a las indicaciones o señalamientos que previamente le han sido dados por él, de suerte que para la futura contratante, la causa inmediata para hacerse a la propiedad de la cosa, radica en la ulterior celebración del contrato de leasing –propriamente dicho- (negocio jurídico de aprovisionamiento). Ese, precisamente, es el móvil que explica la prenotada adquisición, la que se realiza, únicamente, en función de la celebración del contrato en comento, en consideración, huelga acotarlo una vez más, a que la entidad, *motu proprio*, no se convierte en propietaria para disfrutar directa y personalmente de la cosa, sino para permitirle a otro tal disfrute (negocio tenencial -y eventualmente dominical-) . Esa es la *ratio* de su actividad comercial y, por contera, la explotación ordinaria de su objeto social (art. 20 numeral 2° C. de Co.)

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de Noviembre de 1999.

⁷⁵ La Convención sobre leasing financiero internacional –de UNIDROIT-, celebrada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, precisa en su artículo 2° como característica de este contrato, que es “...el arrendatario –*el que*- especifica el equipo y selecciona el proveedor, sin basarse en la destreza y criterio del arrendador”.

Expuesta así la teleología del leasing financiero, su razón de ser, es apenas lógico que, dadas estas características, de suyo connaturales a este tipo individual de negocio, la sociedad de leasing, no obstante ser la propietaria del bien; de haberse desprendido de la tenencia para facilitar el uso y goce y de otorgar una opción –futura- de compra al usuario o tomador del contrato, según se subrayó, no está llamada –de ordinario- a responder por los defectos de calidad que presente la cosa, así como de los vicios o defectos ocultos que la hagan impropia para el fin perseguido por el usuario o que afecten la destinación que le es inherente, habida cuenta que ella, de una parte, no tuvo en la operación descrita, ninguna participación o incidencia en la escogencia del bien y del proveedor y, de la otra, porque el rol que asumió fue el de simple dispensador de los recursos necesarios para la adquisición de aquel, con el fin de poder celebrar el contrato de leasing. Tales, entonces, las razones medulares por las cuales la compañía de leasing, en el contrato en cuestión, no asume, en línea de principio rector, el riesgo técnico de la cosa, ni, por ende, una responsabilidad personal por tal concepto, conclusión ésta a la que, con rotundidad, también se ha arribado en otras naciones y modelos⁷⁶.

5. El cobro de los cánones de arrendamiento por vía ejecutiva y la ley 794 de 2.003.

Antes de haber entrado en vigencia la ley 794 de 2.003, ya había sido estigmatizada por sus orígenes, en tanto por haber tenido origen de una iniciativa del agonizante Ministerio de Desarrollo para propugnar la agilidad del proceso ejecutivo, carga sobre sí el tinte de sospecha de ser la ley para favorecer a los acreedores y en general al sistema financiero”⁷⁷.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia 6462 del 12 de diciembre de 2.002 Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁷⁷ Pensamiento Jurídico, Separata 2.003 Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia. Nota Introductoria del Doctor Edgardo Villamil Portilla.

En efecto el nacimiento de la ley 794 de 2.003, benefició al sistema financiero, pero para nadie resulta extraño asegurar que es mejor el actual tratamiento procesal, que el observado antes de su expedición.

Al incentivarse con el surgimiento de ésta nueva ley, un proceso Ejecutivo más ágil pero con plenas garantías para el derecho de la defensa del deudor, encontramos que también benefició a las compañías de leasing, para que de una forma más expedita puedan hacer exigibles por vía ejecutiva el cobro de los cánones adeudados.

Dentro de los cambios más significativos tenemos los siguientes:

1. Un aspecto trascendental de la nueva ley 794 de 2.003, es la práctica de la notificación del auto de mandamiento de pago por aviso (Artículo 320 del C.P.C. modificado por el artículo 32 de la ley 794 de 2.003) es decir en vigencia del Decreto 2282 de 1989 art. 1º num 149, después de haberse fijado aviso en el lugar de habitación sin que el deudor se acercará al despacho a recibir notificación personal, era requisito *sine quanun* la designación de un auxiliar de justicia curador ad-litem para recibir notificación personal de la orden de pago, pero actualmente y en vigencia de ésta nueva ley, enviado y recibido el aviso, en la dirección adjunta a la demanda, empezará a contarse a partir del día siguiente del envío, el término de 10 días para que el demandado proponga excepciones, adjuntando a las mismas constancia del pago de los cánones adeudados.
2. Otra cambio de incidencia para el cobro de los cánones adeudados por vía ejecutiva, la encontramos en el artículo 35 de la ley 794 de 2.003, con el que se modificó el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, en el que se faculta al acreedor para que dentro de los sesenta días siguientes a la

ejecutoria de la sentencia de restitución, o a la notificación del auto de obedécese y cúmplase lo resuelto por el superior, y sin necesidad de formular demanda ejecutiva (como si acontecía en vigencia de la ley anterior) solicite al Juez de conocimiento que con base en dicha sentencia se adelante y profiera mandamiento de pago por los cánones causados y dejados de pagar por los demandados. Providencia ésta última que será notificada por estado. Sobre éste aspecto vale la pena tener en cuenta que para el proceso de Restitución de bien mueble, tal y como se expuso anteriormente, el factor territorial no tiene mayor incidencia, por lo que el ejecutivo podrá adelantarse en la ciudad donde se interpuso el de restitución sin importar el domicilio real del demandado.

6. Cobro de Intereses moratorios sobre cánones de arrendamiento.

Otro tema de amplio debate en nuestros despachos judiciales, se presenta cuando se solicitan intereses moratorios sobre cánones adeudados y dejados de cancelar por los usuarios del contrato de leasing, en los procesos ejecutivos donde se pretende el pago de dichas sumas de dinero, ya que por mandato expreso del artículo 1617 del Código Civil, numerales 3 y 4 los cánones de arrendamiento no producen intereses.

Teoría que no compartimos, por cuanto el contrato de Leasing, es un contrato de naturaleza Mercantil y no Civil y como tal deberá ceñirse, al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en los artículos 2º y 822 del Código de Comercio, en donde los contratantes han consagrado que el incumplimiento en el pago de los cánones dará lugar al pago del interés moratorio a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Bancaria.

Todo estos sin perjuicio de lo normado en el artículo 65 de la ley 45 de 1.990, en el que se hace permisivo el mencionado cobro de intereses sobre cánones de

arrendamiento al señalar "en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella".

Posiciones distintas que han generado pronunciamientos del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en el que ha señalado: "El art. 1617 del C.C., establece en su numeral 3 que los intereses atrasados no producen interés.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1990, se introdujeron en la legislación comercial importantes reformas respecto a intereses en las obligaciones dinerarias de carácter mercantil, a tal punto que el art. 65 de la citada Ley consagró expresamente que "en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella".

El sentido del artículo parcialmente transcrito no es otro que el de dejar en claro que en materia comercial y en tratándose de obligaciones mercantiles de carácter dinerario es perfectamente válido el cobro de intereses en caso de mora y a partir de ella, sin que sea dable argüir en contra prohibiciones consignadas en el art. 1617 del C.C.

Como en el presente caso, no cabe la menor duda que se están cobrando ejecutivamente obligaciones mercantiles de carácter dinerario, resulta incuestionable que la norma de carácter general transcrita tiene plena aplicación y en consecuencia, se debe concluir que los cánones de arrendamiento que aquí se cobran sí están llamados a producir intereses de mora a partir de ella, inclusive los que se causen por virtud de lo previsto en el art., 498 de C.P.C.

Ahora bien, si la anterior norma no fuera suficiente, por ser de carácter general, para respaldar el cobro de intereses respecto de cánones o rentas periódicas, se tiene que si se hace una interpretación sistemática de la legislación comercial artículo 886 y de la civil artículo 1617, se llega a la conclusión que en materia

comercial si es pertinente el cobro de intereses sobre rentas, cánones o pensiones periódicas como pasa a demostrarse.

El art. 1617 del C.C., en su numeral 3 prescribe que "los intereses atrasados no producen interés", y, en su numeral 4 ibidem estatuye que : "la regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

A su turno, el art. 2235 del mismo código prohíbe estipular intereses de intereses; es decir, que no se puede acordar entre las partes contratantes al momento de celebrar el contrato ni con posterioridad este, el pago de intereses sobre intereses.

En materia mercantil, el art. 886 del C. Co., al contrario de lo prohibido en la legislación civil relacionada anteriormente termina permitiendo que los intereses pendientes produzcan intereses, esto es, que en materia mercantil si se permite el cobro de intereses sobre intereses al estatuir la citada norma que: "los intereses pendientes no producen intereses sino desde la fecha de la demanda judicial al acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

De la lectura del art. 1617 del C. C. y del 886 del C de Co., podría pensarse que existe una contradicción entre la norma civil y la comercial, en cuanto que la primera prohíbe el cobro de intereses sobre intereses y la segunda lo permite ; sin embargo, dicho conflicto en la practica no existe por cuanto se resuelve, aplicando a cada materia la legislación que le es propia, es decir, en materia civil se aplica el art. 1617 de esa obra y no se permite el cobro de intereses sobre intereses o sobre cánones y rentas periódicas, y en materia comercial se aplica el art. 886 del C. Co. y permite el cobro de intereses sobre intereses cuando se reúnen las condiciones aquí previstas.

Simplemente por analogía se ha querido aplicar en materia mercantil, el inciso 4 del art. 1617 del C. C. pero, sin tener en cuenta que, en materia comercial el art. 886 del C. Co., permite el cobro de intereses sobre intereses pendientes; en

consecuencia, la aplicación analógica del numeral 4 del art. 1617 citado, sin tener en cuenta el art. 886 del C. Co. ha llevado a los jueces a negar el pago de intereses sobre rentas, cánones y pensiones periódicas de origen mercantil, pero, resulta que si trasladamos el art. 886 del C. de Co. al sitio ocupado por el numeral 3 del art. 1617 del C. C. y lo reemplazamos por éste, tendríamos que la redacción del numeral 3 del C. C. cambiaría para decir que los intereses pendientes si producen intereses y si en enseguida vemos el numeral 4 del art. 1617 leeríamos que la regla anterior se aplica a toda clase de rentas, cánones y pensiones periódicas o lo que es igual, que por remisión del numeral 4 a la regla contenida en el art. 886 del C. de Co. en materia mercantil las rentas, cánones y pensiones periódicas, si producen intereses por permitirlo la legislación comercial.

Finalmente, en el contrato de Leasing materia de estudio, se utilizó por las partes contratantes una cláusula, (vigésima), en la cual se prevé el cobro de intereses moratorios para el caso de incumplimiento del deudor en el pago de la renta mensual, con lo cual las partes procuran sancionar al deudor por el incumplimiento en el pago de la renta periódica, cuya finalidad es exonerar al acreedor de la carga de probar que sufrió un perjuicio así como la cuantía del mismo, cláusula que en sí misma, por tratarse de una obligación mercantil no es contra derecho ni lesiona el orden jurídico comercial ni las buenas costumbres por lo que se debe estar a lo pactado y a esa estimación convencional.⁷⁸”

7. Venta del Bien por parte del usuario

El derecho de propiedad de la sociedad de leasing se encuentra protegido de los actos de disposición del usuario.

⁷⁸ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Providencia de fecha 14 de Abril de 1998. Magistrado Ponente. Carlos Augusto Pradilla Tarazona.

Los terceros que compran al usuario el bien objeto del leasing no adquieren su propiedad, porque para ello es necesario el concurso de dos negocios jurídicos que son el título y el modo. Un título traslativo de dominio, verbigracia la compraventa no es suficiente para transferir la propiedad, es necesaria la tradición del bien, que como modo derivativo es una forma propia de adquirir el pleno señorío sobre las cosas. Los terceros que reciben el bien del usuario no celebran la tradición porque éste no es el verdadero dueño y enseña el sabio e inconcuso aforismo latino “*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*” (nadie puede transferir mas derechos que los que tiene) artículo 752 del Código Civil.

Solamente la sociedad de leasing puede transferir válidamente el bien por ser la tradición el ejercicio de “*ius disponendi*”. Entonces puede reivindicarlo de todo poseedor conforme con el principio “*res ubicumque sit pro dominio suo clamat*” (la cosa donde quiera que se halla clama por su dueño). Los terceros, de buena fe, pueden exigir la obligación de saneamiento al usuario con el pago de la indemnización de perjuicios”⁷⁹.

En el ámbito Penal, la conducta del locatario se adapta al tipo penal contemplado en el artículo 249 del Código Penal, modalidad criminal denominada abuso de confianza. Por cuanto ha realizado actos de disposición sobre un bien del cual es mero tenedor.

8. El Leasing y los Procesos Concursales.

El problema trascendental radica en la presencia de la opción de compra que acompaña a estos tipos de contratos. En efecto, para los acreedores del usuario es de interés considerar éste contrato como una venta a plazos simulada, para impugnar así la “declaración de voluntad aparente”, que sería, según ellos la propia del arrendamiento y darle prevalencia a la “voluntad real”, que sería

entonces la venta a plazos. Esta posición es coadyuvada por elementos intrínsecos del contrato, puesto que el precio total del leasing supera el del bien nuevo, y la “voluntad real” de los contratantes es asegurada con una opción de compra; de otro lado, la ausencia de una publicidad eficaz de la propiedad del bien abona esta situación. En esta forma los terceros interesados reclaman los bienes dados en leasing para acrecentar la masa de la liquidación del usuario desfavorecido, perjudicándose la sociedad de leasing, que de la sólida calidad de propietaria pasa a participar en igualdad con los acreedores de la quiebra conforme con el principio de la “*Par conditio creditorum*”⁸⁰

La calidad de la sociedad de leasing de titular del derecho de dominio sobre el bien hace necesario el estudio de algunas situaciones que se puedan presentar en la ejecución del contrato, que tienen relación con la protección de la propiedad y los derechos del usuario. Son éstas, el concordato con la expedición de la Ley 222 de 1995, actualmente suspendido desde la entrada en vigencia de la Ley 550 del 30 de Diciembre de 1999 o de Reestructuración Empresarial y la Liquidación obligatoria.

8.1 EL CONCORDATO (Ley 222 de 1995) y EL CONTRATO DE LEASING

En vigencia del Libro Sexto del Código de Comercio⁸¹ el que vale la pena señalar se encuentra actualmente Derogado por la Ley 222 de 1995, una vez admitido el concordato al usuario, el contrato de Leasing no termina, puesto que el ordenamiento mercantil faculta al comerciante para continuar ejerciendo sus operaciones diarias, ya que para la reactivación de su unidad productiva y

⁷⁹ ESCOBAR Ibidem. Página 86.

⁸⁰ Ibidem pág. 86.

⁸¹ El libro sexto del Código de Comercio fue derogado de la siguiente manera: a) El título I, del concordato preventivo, artículos 1910 a 1936 fue derogado expresamente por el Decreto Extraordinario 350 de 1989 y éste a su vez fue sustituido por la ley 222 de 1995; b) el Título II, de la quiebra, artículos 1937 a 2010, fue derogado expresamente por el artículo 242 de la ley 222 de 1995.

generadora de empleo requiere la utilización de los equipos dados en leasing, por lo cual, la sociedad de leasing no puede solicitar la restitución de éstos, porque vulneraría la finalidad de la institución concordataria que es la de propender por la subsistencia de las empresas. El usuario conserva entonces el derecho de uso y goce emanado del contrato de leasing, (artículos 1.921 y 1.923 del Código de Comercio)⁸².

Este mismo efecto podía predicarse cuando era la sociedad leasing quien celebraba el concordato con sus acreedores para regular la relación jurídica con éstos. Estas empresas estaban sujetas al concordato preventivo obligatorio, si reunían uno de dos presupuestos, un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes, esto en razón a que estaban vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, artículos 1928 y 1933 del C. de Co., Decreto 2059 de 1981.”⁸³

Con la expedición de la Ley 222 de 1995, el tratamiento adquirido no diverge en muchos aspectos, siempre y cuando la empresa que accede al acuerdo concordatario se encuentra al día con el pago de sus cánones, evento en el que deberá seguirse ejecutando el contrato sin ningún reproche, ya que la entrada en concordato no es causal para dar por terminado el contrato de leasing.

Contrario sensu, sí el locatario se encuentra en mora en el pago de sus cánones al momento en que la empresa entra en concordato, en este momento se distinguen dos tipos de créditos los concordatarios y los postconcordatarios, entendiéndose por los primeros, como “todas aquellas obligaciones causadas con anterioridad a la fecha de la admisión de la solicitud del concordato. Estos créditos o para nuestro caso de estudio “cánones” por expresa disposición de la ley (Artículo 135

⁸² Articulados que actualmente se encuentran Derogados expresamente por la ley 222 de 1995

⁸³ Escobar Gil. Rodrigo Ernesto Obra Citada Página 84.

de la ley 222 de 1.995 y siguientes) son los llamados a participar en el trámite y se pagarán conforme al sistema que se establezca en el acuerdo concordatario, siempre y cuando la Leasing se haga parte en el trámite concordatario dentro del término de ley (Artículo 120 de la ley 222 de 1995).

Y los cánones que se causen con posterioridad, serán reconocidos como créditos postconcordatarios o gastos de administración y se entienden por tales, todos aquellos que se causan con posterioridad a la iniciación del trámite y se pagarán de preferencia, habida consideración que no están sujetos a lo que se disponga en el acuerdo concordatario.

Las obligaciones postconcordatarias deberán ser atendidas en la medida que se vayan causando y los acreedores podrán acudir a la justicia ordinaria a fin de hacerlas valer”⁸⁴.

“En cuanto a la forma de hacerlos efectivos, debemos señalar que el artículo 147 de la ley 222 de 1995 a diferencia del artículo 42 del Decreto 350 de 1989, es de una claridad meridiana cuando establece que los acreedores están habilitados para acudir a la justicia ordinaria con el fin de obtener su satisfacción, lo cual implica entre otras posibilidades, la de promover un proceso ejecutivo contra el deudor y provocar la práctica de medidas cautelares.

En criterio de la Superintendencia de Sociedades el ejercicio de los derechos que la ley otorga a los acreedores postconcordatarios, no se contrae única y exclusivamente al proceso ejecutivo, sino que también habilita al acreedor para ejercitar todas aquellas acciones derivadas de la no atención oportuna de las obligaciones a su favor, pues si la ley faculta a acreedores con este tipo de créditos para acudir ante la justicia ordinaria para hacerlos valer, no tendría

⁸⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Concepto 220 – 49346 del 20 de Agosto de 1.998.

sentido entender que únicamente tienen derecho a su cobro y que no pueden pretender la restitución del bien.

En este aspecto debemos agregar que la posibilidad para iniciar el proceso de restitución no varía dependiendo de la clase o naturaleza del bien y por ende, procede tratándose tanto de bienes muebles o inmuebles, independiente que en estos últimos desarrolle o no sus actividades la empresa deudora.

Sobre éste supuesto, debemos señalar que en criterio de la Superintendencia de Sociedades la regla contenida en el artículo 99 de la cual nos ocuparemos adelante, no puede ser interpretada de manera absoluta en el sentido que no procede la restitución del inmueble en el cual desarrolle sus actividades la empresa deudora pese a que el deudor no atienda sus obligaciones postconcordatarias. Esta conclusión tiene como sustento el hecho de que estas obligaciones gozan de especial protección legal, al extremo que la ley las privilegia en una eventual liquidación obligatoria. Admitir que la restitución no procede en este caso comportaría necesariamente un desconocimiento de las reglas que la ley establece y habilitaría al deudor para seguir ocupando el inmueble sin contraprestación ninguna a su cargo, lesionando el derecho del acreedor a obtener la satisfacción oportuna de su crédito o en caso negativo la restitución del bien, pues las normas que regulan el fenómeno contractual y concursal, no permiten colegir que en esta hipótesis el deudor ocupe gratuitamente el inmueble

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos la compañía en concordato debe contar con los recursos suficientes que le permitan honrar sus obligaciones postconcordatarias, en caso contrario, el concordato carece de razón de ser y habrá lugar a la liquidación obligatoria.”⁸⁵.

⁸⁵ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220 – 20611 del 5 de Mayo de 1998.

Siendo esto así, se hace conveniente resaltar cómo la misma corporación de compañías Leasing en Colombia FEDELEASING, incurre en error al señalar en su página WEB. www.fedeleasing.com el siguiente texto:

“En el caso de bienes inmuebles hay que diferenciar si en ellos la empresa desarrolla su actividad principal o no. Respecto a inmuebles donde la concordada desarrolle sus operaciones, el artículo 99 de la ley 222 de 1995 estableció que una vez emitida la providencia de aceptación del concordato, no podrá admitirse proceso de restitución de tenencia sobre tales bienes. Esta es una norma excepcional que se aplica única y exclusivamente a esta categoría de bienes y mediante la cual se impide al propietario del mismo recuperar su tenencia, debido a que el locatario o tenedor, se encuentra en una situación particular (concordato) prevista en la ley.

El caso de bienes inmuebles que no sean utilizados para el desarrollo de la actividad del concordado, es procedente una demanda de restitución por parte de la leasing, independientemente de la causa de incumplimiento que se invoque para iniciar el proceso.”

Por otra parte se hace conveniente señalar que si un proceso de restitución de tenencia de un bien mueble o inmueble iniciado por la causal de mora en el pago o por cualquier otro incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, se encuentra en curso al momento de la entrada en concordato del locatario, no se ve afectado por el trámite concursal, puesto que debe tenerse en cuenta que el trámite al que se erige su ejecución es del proceso Abreviado de Tenencia de Bien mueble o inmueble y como tal no se está solicitando el reconocimiento de suma alguna de dinero, sino por el contrario la restitución de un bien que no es de propiedad del locatario. Todo esto sin perjuicio de la carga procesal establecida en el parágrafo segundo numerales 2 y 3 del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, donde para poder ser oído al deudor en juicio se requiere que previo haya demostrado el pago de los cánones causados y dejados de pagar por su parte.

Por último tan solo restaría concluir que ante el incumplimiento del pago de las obligaciones postconcordatarias, la leasing puede dar por terminado el contrato y solicitarle al locatario la devolución del bien o iniciar un proceso de restitución de tenencia para el efecto, sin consideración al trámite concordatario. Igualmente, puede acudir a la justicia ordinaria a fin de hacer efectivos los cánones postconcordatarios incumplidos.

8.2. EL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN O LEY 550 Y EL CONTRATO DE LEASING.

“La difícil situación que ha enfrentado el país en los últimos años ha golpeado al sector productivo de la economía, lo que ha ocasionado un número creciente de concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades a las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo”. Lo que ha generado la creación de la ley 550 del 30 de Diciembre de 1999.

(...)

No se trata de que el Estado tenga una intervención directa, dirigista, en la elección de las empresas recuperables, sino de que utilice su poder normativo para ofrecer a la comunidad empresarial un marco legal que propicie acuerdos de reactivación.

Se propone entonces un marco que no ofrezca las dificultades que en el régimen actual encuentran los acreedores y el empresario para celebrar y ejecutar acuerdos que permitan la reactivación empresarial; se aspira a que en aquellos casos en que los propios interesados consideren viable una empresa, encuentren más expedita y equitativa la asunción de riesgos como partes de un acuerdo de recuperación que sean negociado en forma extrajudicial, y cuyo éxito ha de redundar en el uso más eficiente de los recursos vinculados a la actividad

empresarial, en la mejora de la competitividad y, en síntesis, en el cumplimiento de la función social de las empresas reestructuradas⁸⁶.

Después de haber efectuado una breve reseña de la génesis de la norma, debemos empezar a identificar aspectos que han sido considerados como relevantes por la Superintendencia de Sociedades en este tipo de contrataciones.

Es el caso de la opción de compra, se convierte en un “elemento esencial del contrato de Leasing financiero la existencia, a favor del arrendatario o locatario, de una opción de adquisición al terminarse el plazo pactado, que podrá ejercerse siempre y cuando cumpla con la totalidad de las prestaciones a su cargo. Justamente es la opción de compra pactada desde el inicio del contrato la que diferencia el Leasing Financiero de otras modalidades contractuales como el Leasing operativo en donde excepcionalmente se prevé y por el valor total del bien.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la opción de compra supone por parte del locatario la expresión discrecional y positiva de su voluntad en el sentido de pretender hacerse dueño de la cosa arrendada, y de parte de la compañía de leasing la obligación de transferir el derecho de dominio de la misma”. (...) por todo esto “puede afirmarse que hasta tanto no se manifieste por los medios idóneos y dentro de la oportunidad debida el asentimiento de ejercer la opción de compra, el locatario no tiene más que una mera expectativa de hacerse dueño de la cosa, y el derecho de dominio radica en cabeza de la compañía leasing. Pero una vez expresado se impone para la leasing la obligación de transferirlo por medio de su tradición. (...) en conclusión, hasta tanto el locatario no cumpla con el pago debido

⁸⁶ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Exposición de Motivos para la creación de la ley de intervención Estatal. Revista Jurisconsulta No 4 Año 2.000 Página 5.

como consecuencia del ejercicio de la opción de compra y se le haga tradición del bien, no puede reputarse titular legítimo del derecho de dominio sobre éste”⁸⁷.

Lo anterior no implica para la Superintendencia “que si la sociedad admitida o convocada a un acuerdo de reestructuración presenta mora en el pago de unos cánones de arrendamiento por cuenta de la ejecución de un contrato de leasing financiero, causados con anterioridad a la admisión del referido trámite, la acción de restitución del bien que llegare a iniciar la Leasing, estaría llamada a no prosperar, pues dicha mora se entenderá ocasionada por la insolvencia patrimonial del empresario deudor, la cual constituye el supuesto fáctico y normativo de admisibilidad al acuerdo de reestructuración para la consecución de una formula de pago acordada de consuno con la totalidad de sus acreedores y, en consecuencia, podría negarse u oponerse con éxito a la restitución.

Refuerza el anterior argumento lo previsto en el numeral 4 del artículo 22 de la ley 550, cuando refiriéndose a la determinación de los derechos de voto de los acreedores, dispone que para el cómputo de los votos correspondientes a las acreencias derivadas de los contratos de leasing, **solo se incluirán los cánones causados y pendientes de pago**, pues, obviamente no tendría sentido que a quien deba tomar partido en las decisiones para la obtención del acuerdo se le permitiera concomitante y paralelamente perseguir la restitución de unos bienes necesarios para la reactivación del empresario, echando de menos la finalidad perseguida con el acuerdo y, por ende, haciéndolo nugatorio.

Es preciso mencionar que al igual que en el tratamiento dado para los concordatos en la ley 222 de 1.995, para la ley de Reestructuración empresarial, también se deben identificar los cánones que se causen con anterioridad y con posterioridad a la iniciación de la negociación, puesto que los primeros serán objeto de la negociación mientras que los segundos correrán la suerte de los gastos de

⁸⁷ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220 33566 del 19 de mayo de 2000.

administración y por ende se pagarán de manera preferente sobre el resto de acreencias.

En este orden de ideas, los cánones que se causen con posterioridad a la admisión del acuerdo deberán atenderse con cargo a los gastos de administrativos, es decir, aquellos que se causen a partir de la fecha de iniciación”⁸⁸.

Contrario sensu, sí la causa por la que se persigue la terminación del contrato es diferente a la mora en el pago de los cánones V.B.gr. el destino inadecuado del bien, su mal uso o el subarriendo, el proceso de restitución resulta procedente en atención a que la causal que se invoca no guarda relación con el no pago de las obligaciones concordatarias y por tanto, es un asunto por completo ajeno a las decisiones que puedan adoptarse en el acuerdo que llegue a celebrarse. Admitir la posición contraria, significaría cercenar el derecho del arrendador a obtener la restitución del bien por haberse configurado una de las causales que dan lugar a la terminación del vínculo y comportaría un premio para el deudor que desacata las estipulaciones contractuales, máxime cuando ese desacato o reparo no tiene conexidad con el estado de crisis económica por el cual atraviesa y tampoco es tema propio de un acuerdo concordatario, pues corresponde a un aspecto por completo ajeno al concurso.⁸⁹

Al igual que la ley 222 de 1995, La de Reestructuración Empresarial, distingue las obligaciones causadas con anterioridad a la fecha en que comienza la promoción de un acuerdo de reestructuración, de aquellas que nazcan con posterioridad a ese momento. El artículo 17 define a las últimas como gastos de administración y su pago se debe efectuar de manera preferente, lo que quiere significar que el respectivo acreedor cuenta con la posibilidad de adelantar todas las medidas

⁸⁸ Idem. Página 4-5

⁸⁹ Oficio 220-54463 del 26 de Noviembre de 1996, en Doctrinas y conceptos Jurídicos 1997, página

tendientes a obtener la satisfacción de su interés crediticio, mientras que las primeras serán objeto del acuerdo de reestructuración.

Así, los cánones que se deriven de un contrato de leasing y que se causen después de haber comenzado la negociación en los términos de la ley 550 de 1999, deben ser pagados preferentemente y si el deudor no cumple con la obligación de manera espontánea, el titular del crédito puede exigir su cobro por las vías que ordinariamente corresponda⁹⁰, bien sea el proceso ejecutivo tendiente al pago de los cánones adeudados y dejados de pagar, así como la restitución del bien entregado en arrendamiento y la terminación del acuerdo de reestructuración por encontrarse inmerso en la causal 5 del artículo 35 de la ley precitada.

Igual situación se presenta si para el momento en que se comienza la negociación no figura dentro del pasivo del deudor, obligación alguna por concepto de los cánones que se deban pagar en cumplimiento de un contrato de leasing, la sociedad de leasing no será parte en la negociación. Ahora bien la iniciación de la promoción no implica que la normal ejecución del contrato celebrado entre la leasing y la empresa deudora deba interrumpirse, las obligaciones que se deriven del mismo deberán atenderse en los términos del contrato y su incumplimiento dará al acreedor la posibilidad de exigir su pago de manera coactiva⁹¹.

Ahora bien en lo que respecta a los cánones causados y dejados de pagar con anterioridad a la promoción del acuerdo, serán objeto de reestructuración y por consiguiente deberán estarse a las resultas del acuerdo. Haciéndose oportuno resaltar que el titular de una acreencia anterior al comienzo de la negociación no cuenta con la posibilidad de optar por hacerse o no parte dentro de la reestructuración. Por tratarse de una negociación privada, todo aquel que sea

163, Superintendencia de Sociedades, 1997.

⁹⁰ Concepto 155 – 053277 del 18 de Diciembre de 2.001.

titular de alguno de los créditos a que se refiere el título LX del libro cuarto del Código Civil, goza de la calidad de acreedor externo de la empresa en reestructuración y quedará vinculado a lo que resulte en el acuerdo. En tal sentido es claro el artículo 34 de la ley de reactivación empresarial según el cual:

“ Como consecuencia de la función social de la empresa, los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la presente ley serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él, y tendrán los siguientes efectos legales:

“(…)

*“8. Todas las obligaciones se atenderán con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, **aun sin el voto favorable del respectivo acreedor**, salvo las excepciones expresamente previstas en esta ley en relación con las obligaciones contraídas con trabajadores, pensionados, la DIAN, los titulares de otras acreencias fiscales o las entidades de seguridad social.*

De lo anterior se deriva que quien sea acreedor de una empresa en reestructuración tenga la carga de intervenir en las diversas etapas de la negociación, so pena de evitar efectos desfavorables que pueden emanar de tal circunstancia. Por ejemplo, es fundamental que el respectivo acreedor participe en la reunión de determinación de votos y acreencias, ya que en el evento de que el promotor no reconozca la acreencia o lo haga por un valor menor, el titular del crédito perderá la posibilidad de objetar tal decisión y deberá en consecuencia dar aplicación a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 23 cuyo tenor se transcribe a continuación:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de esta ley, los titulares de créditos no relacionados en el inventario exigido en el artículo 20 de esta ley y que no hayan aportado oportunamente al promotor los documentos y elementos de prueba que permitan su inclusión en la determinación de los derechos de voto y de las acreencias, no podrán participar en el acuerdo. Tales créditos, de ser exigibles,

⁹¹ Idem. Numeral 2.

sólo podrán hacerse efectivos persiguiendo los bienes del empresario que queden una vez cumplido el acuerdo, o cuando éste se incumpla, salvo que sean expresamente admitidos con el voto requerido para la celebración del mismo”.

Contrario a lo anteriormente expuesto, pero que se hace pertinente traer a consideración, lo presentado en el caso de la sociedad FORMAS Y VALORES FORVAL S.A. en Reestructuración y la sociedad LEASING DEL VALLE, la cual sirvió para expedir el concepto 155 - 036543 del 29 de Julio de 2.002, en el que la empresa en reestructuración manifestó de manera anterior a la iniciación de la promoción que haría uso de la opción de compra presupuestada en el contrato, habiéndose relacionado por el promotor de FORVAL S.A. tanto los cánones causados y dejados de pagar por la locataria como la opción de compra pactada, sin que el representante legal de la leasing presentará objeción alguna dentro de la oportunidad reconocida por los artículos 23 y 26 de la Ley 550 de 1999. Iniciando con posterioridad el proceso de Restitución de tenencia en contra de FORVAL S.A., por el no pago de algunos cánones de arrendamiento y de la opción de compra.

Ante dicha situación la Superintendencia de Sociedades en el concepto precitado, señalo que a su juicio, dichos cánones de arrendamiento e inclusive la opción de compra no podrían ser pagados directamente a la Leasing, puesto que consideró que la negociación del acuerdo de reestructuración, es un mecanismo de reactivación empresarial de carácter Universal y colectivo al que deben concurrir todos los acreedores de la empresa deudora a fin de que se satisfagan sus créditos de manera ordenada, respetando la igualdad que debe existir entre ellos. Por esta razón no es admisible, una vez ha comenzado la promoción del acuerdo, la satisfacción separada de acreencias, por cuanto la misma deberá necesariamente producirse dentro del escenario del acuerdo que los acreedores internos y externos de la compañía celebrarán al finalizar la negociación.

Igualmente cita el oficio 400 – 30034 del 28 de Abril de 2000, en el que señaló “ la circunstancia de que el proceso de restitución tenga carácter de declarativo, no es óbice para considerar que el mismo, de manera indirecta, procura la satisfacción de la obligación cuyo incumplimiento da lugar a su iniciación. En efecto, de conformidad con el numeral 2 del párrafo segundo del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, si la causal invocada se fundamenta en el no pago, el demandado no podrá ser oído dentro del proceso hasta tanto no demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que tienen los cánones adeudados o acredite el pago previo. Esta medida se erige en un mecanismo de presión para el pago de las acreencias pues el demandado sólo podrá plantear una oposición válida en la medida que satisfaga sus acreencias o acredite su atención previa, así mismo mientras dure el proceso deberá consignar a órdenes del juzgado los cánones posteriores, sin lo cual tampoco podrá ser oído dentro del proceso.

“De acuerdo con la ley 550, no es posible la satisfacción separada de las acreencias por parte del deudor, puesto que únicamente procede en el escenario del acuerdo de reestructuración (artículo 17 ibídem). Bajo este entendido es claro que los procesos ejecutivos resultan contrarios a esta regla, así como todos aquellos instrumentos contractuales o procesales que procuren la satisfacción de la acreencia por fuera del escenario colectivo y propio de un acuerdo de reestructuración. De ahí que admitir la postura según la cual los procesos de restitución tienen cabida, so pretexto de que la ley 550 no impidió su iniciación, comportaría el desconocimiento de los principios fundamentales en ella previstos (Universalidad y Colectividad) y se erigiría en un fraude a la ley, en la medida en que sería el instrumento adecuado para provocar o exigir el pago de la acreencia por fuera del acuerdo, generando además un trato desigual frente a los demás acreedores que solo cuentan con el proceso ejecutivo, al que no tienen acceso para lograr el pago.

Con base en esto concluye la apreciación la Superintendencia, “que no es posible continuar con los procesos de restitución ya iniciados, así como tampoco iniciar nuevos procesos, cuando un deudor hubiere sido admitido en un acuerdo de reestructuración, siempre y cuando la causal que se invoque sea el no pago de los cánones.

“(…) se ha preguntado si los procesos de restitución en curso se suspenden y si los procesos posteriores se anulan. Al respecto debe tenerse en cuenta que no compete determinar la suerte de estos procesos al nominador, ni tampoco a esta Superintendencia, sino al juez que conoce del mismo, siendo necesario precisar que en el primer evento y si se acoge la tesis que se expone, habrá lugar a una terminación atípica del proceso y en el segundo, al rechazo de la demanda por falta de jurisdicción”

“(…) No obstante todo lo anterior, dicho pago podrá llevarse a cabo antes de la firma del acuerdo de reestructuración si el empresario, cualquier interesado y el promotor solicitan a la Superintendencia de Sociedades la respectiva autorización, con sujeción a los requisitos exigidos por el artículo 17 de la ley 550 de 1999, cuales son la demostración de la urgencia, necesidad y conveniencia de la operación⁹².

Adicional a lo anterior, el mismo ente de vigilancia ha señalado que el plazo estipulado para la duración del contrato de leasing y aquel que tiene que ver con el término pactado en el acuerdo de reestructuración para el pago de los cánones adeudados a la fecha de admisión a la negociación en los términos de la ley 550 de 1999, son independientes y operan separadamente en el tiempo. Lo anterior, como quiera que el contenido del contrato de leasing no se ve alterado por las estipulaciones consignadas en el acuerdo de reestructuración, ya que éste se

⁹² Concepto 155 – 036543 del 29 de Julio de 2002.

refiere a la forma como habrán de pagarse las obligaciones pendientes y a cargo del empresario.

“la oportunidad para ejercer la opción de compra sólo se puede modificar en desarrollo de un Acuerdo de Reestructuración cuando medie el consentimiento de la compañía de leasing para modificar el contrato. Esta afirmación tiene su fundamento en lo expresado por esta Superintendencia en Oficio No. 100-1841 de 25 de enero de 2.001, en el que se afirmó:

“(…) Conforme a lo anterior puede decirse que el objeto negociable en un acuerdo de reestructuración son las obligaciones pendientes de pago por parte del deudor que ha sido admitido a la promoción del mencionado acuerdo. No son negociables los términos de los contratos previamente celebrados por el empresario en reestructuración y que son fuente de las obligaciones pendientes de pago. Así las cosas, mal podría un contrato previamente celebrado (cualquiera que sea su naturaleza pública o privada) verse modificado mediante un acuerdo de reestructuración.

“En conclusión, en virtud de un acuerdo de reestructuración se pueden modificar los términos de cumplimiento de las obligaciones pendientes de pago, e incluso afectar con ello a los acreedores ausentes o disidentes. Lo que no permite la Ley es que se modifiquen los contratos previa y válidamente celebrados, salvo que exista el mutuo consentimiento de las partes”⁹³.

8.3. LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA Y EL CONTRATO DE LEASING.

Muchas de las dudas que saltan a la vista en este tipo de procesos jurisdiccionales, es precisamente si los bienes dados en Leasing bien sea en la modalidad de operativo o de financiero deberán ser reconocidos dentro de la universalidad de bienes a liquidar en éste tipo de procesos, puesto que el hecho de haberse pactado la opción de compra para muchos acreedores ha servido para

⁹³ Concepto 155 – 31848 de 27 de Julio de 2001.

deducir que sobre el bien entregado en arrendamiento existe un eventual derecho de propiedad.

Sobre éste precepto también se ha manifestado la Superintendencia de Sociedades, a gusto del autor utilizando argumentos que podrían contrariarse con lo sostenido en el tratamiento del Concordato y de la ley de Reestructuración, puesto que a juicio del mencionado ente de vigilancia el hecho de que exista en el mencionado contrato “opción de compra, o lo que es lo mismo, una promesa de vender el bien que ha hecho la sociedad de leasing al usuario, esta debe entenderse como una promesa de celebrar un negocio que sólo produce obligaciones de hacer más no genera *a priori* un derecho de propiedad (Artículo 861 del Código de Comercio).”⁹⁴

Así las cosas sin importar el porcentaje de cánones que se hayan cancelado, no podrá ejercer la citada opción, hasta tanto se cancele la totalidad de los cánones pactados.

⁹⁴ Concepto 440-14318, del 3 de Abril de 1998. Proceso Liquidatorio MOTORES S.A. En Liquidación Obligatoria.

9. CONCLUSIONES

Sin duda alguna debemos aceptar que en Colombia, no se ha suministrado al contrato de Leasing financiero, el suficiente estudio y análisis que requiere, puesto que las compañías de financiamiento comercial, como sociedades especializadas en la prestación del servicio, han olvidado la naturaleza del contrato, ya que, por su afán de desembolsar créditos, otorgan bajo ésta modalidad comercial, bienes que no son susceptibles de ningún tipo de producción, ni de generar renta, lo que pone en peligro el desarrollo de dicho contrato en el mercado.

De otra parte debemos concluir que al igual que las Compañías de Financiamiento Comercial, nuestros legisladores no se han preocupado por dotar a ésta figura contractual de un régimen legal independiente del contrato de arrendamiento al que se ha venido ciñendo, lo que a puesto a muchos juzgadores en situaciones difíciles de dirimir por vacío de la norma, creando pánico en el mercado, y obligando a personas interesadas en obtener bienes susceptibles de producción a recurrir a otras modalidades contractuales.

Situaciones que muy seguramente se han generado por razón del desconocimiento de la figura contractual, por parte de nuestros estudiantes de derecho - en el ámbito de pregrado y postgrado - y de nuestros comerciantes, puesto que de conocer cual es la exégesis del contrato, muy seguramente lo utilizarían como medio idóneo para la reactivación económica, ya que con las bondades que encontramos en dicha figura contractual, muy seguramente podrá mejorarse no solo el nivel de explotación de sus productos agrícolas y manufactureros, sino a su vez podrá disminuir el alto índice de desempleo por el que atravesamos.

Sin lugar a dudas son éstos en síntesis, los temas que proponemos deberá procurarse un cuidado especial, para no dejar sucumbir el contrato de arrendamiento financiero en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- ✧ **ARRUBLA**, Paucar Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo II. Editorial Biblioteca jurídica DIKE, Tercera Edición Bogotá-Colombia 1.998.
- ✧ **ASOCIACIÓN BANCARIA DE COLOMBIA**, Leasing Arrendamiento
- ✧ **BERNAL**, Gutiérrez Rafael. Derecho Comercial Contemporáneo. Editorial Biblioteca jurídica DIKE, Medellín -Colombia 1.989.
- ✧ **BONIVENTO** Fernández, José Alejandro, Principales contratos Civiles, Ed. Presencia, Bogotá 1977.
- ✧ **BROCETA** Pont, M. Manual de Derecho Mercantil. 6ª Edición Madrid 1985.
- ✧ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de noviembre de 2.003 Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- ✧ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sala de Casación Civil, sentencia 6462 de Diciembre 13 de 2.002 Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- ✧ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C –056 de Marzo 4 de 1998, Magistrado Ponente ANTONIO BARRERA CARBONEL.
- ✧ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C –056 de Febrero 15 de 1996, Magistrado Ponente JORGE ARANGO MEJIA.
- ✧ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C –070 de Febrero 25 de 1993, Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- ✧ **COILLOT**, Jacques. El leasing. Traducción Pérez Ruiz Tomas, Madrid. Editorial Mapfre. S.A. 1974 Página 20.
- ✧ **CHULÍA** Vincent, Eduardo, **BELTRÁN** Alande Teresa, Aspectos Jurídicos de los contratos Atípicos. Editor. Bosch Jose Maria. Barcelona 1999.
- ✧ **ESCOBAR** Gil, Rodrigo Alonso. El contrato de Leasing Financiero. Bogotá Colombia. Pontifica Universidad Javeriana. Tesis de Grado 1987.

- ✧ **ESCOBAR** Gil, Rodrigo Alonso. El contrato de Leasing Financiero. Editorial Temis. Bogotá 1984.
- ✧ **Federación Colombiana de Leasing “FEDELEASING”** Cartilla Jurídica del Leasing.
- ✧ **MARTÍN Oviedo** José, Naturaleza y Régimen Jurídico de las operaciones de Leasing. Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública Julio – Octubre de 1973.
- ✧ **PEREZ** Ruiz T. Leasing. Una Nueva Formula de Financiación. Gaceta del Europeo No 85. 1970.
- ✧ **PENSAMIENTO JURÍDICO**, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá 2.003.
- ✧ **REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO**. Asociación de Derecho Económico Volumen 9. Bogotá 1989.
- ✧ **RODRIGUEZ** Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, Biblioteca Felabán. Edt. Redactores Asociados Ltda.. Bogotá 1977.
- ✧ **ROLLING**, Serge. El Leasing. Edit. Pirámide. Madrid 1974. Traducción de Tomás Pérez Ruíz.
- ✧ **SUPERINTENDENCIA BANCARIA** Concepto Número 2000025762-1
- ✧ **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, Concepto 33566 del 19 de Mayo de 2.000.
- ✧ **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, Concepto 155-053277 del 18 de Diciembre de 2.001.
- ✧ **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, Concepto 155-036543 del 29 de Julio de 2.002.
- ✧ **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, Concepto 155 – 31848 del 27 de Julio de 2.001.
- ✧ **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Providencia de Fecha 14 de Abril de 1.998, Magistrado Ponente Carlos Augusto Pradilla Tarazona.

✂ **VIDAL** Blanco, Carlos. El leasing. Universidad Complutense de Madrid. Tesis de Doctorado. 1977 Ministerio de Hacienda; Instituto de Estudios Fiscales, Instituto de Planificación Contable.

9. ANEXOS

Norma	Fecha	Contenido
	1972	Creación Citycol (primer compañía de leasing)
	1975-80	Creación primeras compañías
Decreto 148	Ene 1979	Autoriza a corporaciones financieras a adquirir acciones de sociedades de leasing
Decreto 148	Ene 1979	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	Somete a las leasing a inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades
Decreto 2920	Oct-1982	Prohíbe la captación masiva y habitual de recursos del público sin previa autorización
Decreto 3541	1983	Grava el canon de arriendo con el impuesto al valor agregado (IVA) con una tarifa del IVA del 10%
Ley 75	1986	No constituyen costo ni deducción el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros
Decreto 1997	1988	Califica al leasing como una actividad financiera, no obstante estar sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades
Ley 74	1989	Dispone el control y vigilancia de las compañías de leasing por parte de la Superintendencia Bancaria
Ley 45	1990	Califica a las sociedades de leasing como entidades de servicios financieros
Decreto 2913	1991	Dispone depreciación en línea recta al tiempo del contrato
Ley 6	1992	Dispone la desgravación del IVA del canon de arriendo
Ley 6	1992	Permite descontar el IVA por la adquisición de bienes en leasing del impuesto de renta
Ley 35	1993	Obliga a convertir a las sociedades de leasing en establecimientos de crédito
Decreto 913	1993	Determina el nivel de especialización en leasing en el 35%
Decreto 913	1993	Reglamenta la actividad del leasing
Decreto 1812	1994	Permite a las leasing invertir en entidades financieras del exterior y efectuar leasing de propiedad compartida, sublease y leasing de exportación
Decreto 2649	1993	Activos en leasing revelados en los estados financieros

Ley 223	1995	Reforma tributaria. Considera dos tipos de leasing el que tiene beneficio fiscal y el que no tiene beneficio fiscal
---------	------	---

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

**Magistrado Ponente:
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002)

Ref: Expediente No. 6462

Se decide el recurso de casación interpuesto por INVERSIONES FRANCESITAS LTDA. contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Civil-en el proceso ordinario por ella adelantado contra LEASING BOLIVAR S.A.

ANTECEDENTES

1. En la demanda que dio lugar a este proceso, se solicitó declarar, en forma principal, la rescisión del contrato de arrendamiento de maquinaria y equipos celebrado entre las partes el 3 de mayo de 1993, distinguido con el No. 1783, por imposibilidad de hacer uso de los bienes para los fines que fueron arrendados y, subsidiariamente, la terminación del negocio jurídico.

Como consecuencia de una cualquiera de las anteriores declaraciones, se solicitó condenar a la demandada al reintegro de los cánones, honorarios e intereses

cancelados a ésta por razón de dicho contrato, así como al pago de los perjuicios ocasionados tanto por daño emergente, como por lucro cesante.

2. Tales pretensiones se fundamentaron en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

A. El 3 de mayo de 1993, las partes celebraron un contrato de arriendo con opción de compra, de un equipo destinado a la producción y comercialización a nivel nacional e internacional de la papa precocida tipo francesa.

B. El mal estado y calidad de la maquinaria han impedido darle el uso para el cual fue tomada en arriendo, originando perdidas permanentes cuya acumulación llevaron a la arrendataria al cierre definitivo de la empresa.

C. El equipo arrendado fue inicialmente vendido a la sociedad de leasing por Dicle Asociados, a quien la demandante informó, el 15 de marzo de 1993, sobre las graves fallas que presentaba la zaranda clasificadora de papas para tres (3) tamaños, la que al ser puesta en funcionamiento, producía un ruido descomunal y no efectuaba la clasificación. En adición, el freidor continuo Dicle modelo DI-20, serie 01, devolvía la papa al depósito de aceite, quemándola y generando un aumento en el consumo del mismo, debido al mal diseño de la maquinaria.

D. En respuesta a lo anterior, la citada sociedad proveedora, el 18 de marzo de 1993, se comprometió a solucionar los defectos advertidos, por lo que el día 25 siguiente, en reunión de los representantes legales de dichas empresas, se levantó un acta en donde se dejó constancia del recibo de la maquinaria y equipos, “supuestamente ya corregidos sus defectos, por cuenta de Leasing Bolívar S.A.”, otorgándose garantía de un año por parte de Dicle Asociados.

E. Nuevamente el 10 de mayo de 1993, el representante legal de la sociedad demandante pone en conocimiento del proveedor, las fallas, defectos y desperfectos de construcción que presenta el equipo vendido por ellos, las que originaron que la producción de papa se botara en algunas oportunidades y se regalara en otras, con las inesperadas pérdidas que ello causó. De todas estas irregularidades se informó a la arrendadora el 23 de mayo de 1993.

F. Ante esta situación, la sociedad demandante contrató la asesoría técnica de Prodelpa, experta en producción de papa a la francesa, quien conceptuó que por la mala calidad y por los defectos de construcción de la maquinaria y equipos objeto del contrato, sería imposible alcanzar los objetivos para los cuales se adquirieron, razón por la cual recomendaron el cierre inmediato de la empresa para no seguir acumulando pérdidas.

G. El 30 de noviembre de 1993, Leasing Bolívar S.A. le recordó a la demandante su atraso en dos (2) cánones de arrendamiento, por lo que la amenazó con retirar los equipos cobrar jurídicamente las sumas adeudadas, pero sin responder las solicitudes formuladas por la demandante para que se corrigieran

los errores de construcción de la maquinaria. A la señalada comunicación se le dio respuesta el 3 de diciembre siguiente, informando a la arrendadora que ante la imposibilidad de generar producción con la maquinaria recibida en arrendamiento, se había cerrado la empresa a partir del 1 de noviembre de 1993.

H. A pesar de que la garantía que había otorgado la proveedora vencía a mediados de 1994, ante la falta de respuesta a las reclamaciones efectuadas, la sociedad demandante se vio obligada a asumir “los costos de quienes trataron de

corregir los defectos de construcción” del equipo, “sin resultado positivo alguno” los cuales ascendieron a \$4´416.478.00 (fl. 254, cdno. 1).

I. La demandante canceló a la arrendadora, por concepto de arrendamientos, \$19´293.512.00; por mora, \$1´707. 633.00; y por honorarios e intereses, \$ 5´289.330.00.

3. Admitida la demanda y surtido el traslado correspondiente, la sociedad demandada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones, formulando las excepciones perentorias que denominó “Inexistencia del derecho pretendido e “Ilegitimidad de personería pasiva”.

4. Rituada la primera instancia, a ella se le puso fin mediante sentencia de fecha 29 de enero de 1996, en la que se acogieron las excepciones propuestas; se negaron las súplicas de la demanda y se condenó a la demandante a pagar las costas del proceso.

5. Inconforme la parte actora con esa decisión, interpuso el recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Superior de Cali mediante la sentencia del 25 de octubre de 1996, que confirmó la de primer grado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Luego de efectuar un análisis en torno al contrato de leasing, para concluir que se trataba de un negocio jurídico atípico que tenía elementos propios de los contratos de arrendamiento y de opción, precisó el sentenciador de segundo grado que si bien era de naturaleza mercantil, por la calidad de una de las partes y porque se trataba de una operación de adquisición de bienes a título oneroso con destino a arrendarlos, todo lo relacionado con su formación se gobernaba por las

normas del Código Civil, dada la autorización conferida por el artículo 822 del Código de Comercio.

Señaló luego que “la sociedad arrendadora en el arrendamiento financiero contrae, como es apenas lógico, algunas obligaciones con la otra parte como las de comprar los bienes al proveedor, entregarlos al arrendatario o usuario, y librar a éste de toda turbación o embarazo en el goce de los bienes, pero se refiere, desde luego, a los actos de terceros que tengan relación directa con ella, o sea que no los origine el proveedor o el arrendatario”. Pero en cuanto a la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin que ha sido arrendada (nral. 2 art. 1982 C.C.), “en el arrendamiento financiero no la cumple la sociedad arrendadora, puesto que es trasladada al usuario o a un tercero”, toda vez que es “el arrendatario quien hace las averiguaciones pertinentes con el proveedor sobre las calidades, condiciones y garantías de los bienes que le solicitará a la arrendadora los adquiera para que se los entregue en arrendamiento financiero” (fl. 47 vltto., cdno. 5). Y en cuanto a la obligación de hacer las reparaciones necesarias (art. 1985 ib.), si bien le corresponde al arrendador, ella puede ser impuesta al arrendatario, según autorización legal.

De otra parte, sostuvo el Tribunal, luego de un breve *excursus* sobre el alcance de la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios en el contrato de arrendamiento, que ella puede ser renunciada en forma expresa por el arrendatario, por lo que bien podían convenir los contratantes, en desarrollo del principio de la libertad contractual (arts. 15, 16 y 1602 ib.), “que la arrendadora queda exonerada de responsabilidad por los vicios ocultos de los bienes arrendados, lo que, desde luego, se justifica por la participación directa del usuario en la escogencia de los mismos, y para lo cual se supone debe tener algún conocimiento”. Agregó “que las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, no tienen otra finalidad que la de traspasar al acreedor los riesgos que, de acuerdo con la ley, pesarían sobre el deudor” (fl. 48, cdno. 5), precisando

que dichas estipulaciones son válidas, salvo en el caso del dolo futuro y de la culpa lata, porque “las leyes que regulan la responsabilidad son dispositivas”, de suerte que las partes bien pueden modificar su contenido (fl. 48 vltto., ib.).

Con el fin de puntualizar sus consideraciones, señaló el *ad quem* “que una cosa es la cláusula de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y otra la convención o estipulación en virtud de la cual una de las partes se descarga válidamente de una obligación que no es de la esencia del contrato”. En el primer caso, anotó, la parte no se libera de cumplir la obligación, pero en caso de incumplimiento por culpa leve o levísima, no responde por la indemnización a que hubiere lugar. En la segunda hipótesis, la parte no contrae la obligación y, por consiguiente, no se puede hablar de responsabilidad.

2. Al ocuparse luego el fallador del litigio planteado, expresó que “los artículos 1990, 1991 y 1992, a los que acude la demandante...para solicitar...la rescisión o la terminación del arrendamiento, son dispositivas, y por ende todo lo expresado en ellas sobre los vicios redhibitorios de los bienes entregados en arrendamiento y las indemnizaciones que se pueden reclamar, según el conocimiento o no que hayan tenido el arrendador y el usuario de ellos, podrán ser modificados o acordadas de otra forma por las partes y, por consiguiente, se aplicaran cuando los contratantes guarden silencio sobre ellas o remitan a su preceptiva” (fl. 49 vltto., cdno. 5).

Por tanto, como en el contrato de arrendamiento financiero se acordó que Leasing Bolívar S.A. “no asume ninguna responsabilidad por la idoneidad del equipo arrendado ni por sus condiciones de funcionamiento, ni sus cualidades técnicas, ni por el cumplimiento de los requisitos legales para su importación, cuando ésta se requiera”, agregándose que “Cualquier reclamo por falta o deficiencia en el equipo deberá ser presentada por LA ARRENDATARIA al proveedor”, de ello se desprendía que la entidad arrendadora no contrajo ninguna clase de obligación

respecto a las reparaciones necesarias que en el desarrollo del contrato se pudieran presentar, como tampoco frente a las locativas, exonerándose también al arrendador de las responsabilidades que generan los vicios redhibitorios de los bienes arrendados, por lo que las pretensiones no podían ser acogidas.

Finalmente, en cuanto a la súplica subsidiaria de declarar terminado el contrato, adujo el Tribunal que se trataba del mismo evento invocado para la rescisión ya estudiada, por lo que eran procedentes las mismas consideraciones, puesto que la obligación de reparación no fue asumida por la sociedad de leasing, “en virtud del traslado que de la misma se hizo, de acuerdo con la cláusula segunda del contrato suscrito por las partes” (fl. 50 vltto., cdno. 5).

LA DEMANDA DE CASACION

Un solo cargo formuló el recurrente contra la sentencia, apoyado en la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del C. de P.C. En él, adujo el censor que la sentencia era violatoria de los artículos 15,16,1602 y 1604 del Código Civil, “que conllevaron al Tribunal a la no aplicación de los arts. 1990, 1991, 1992 del Código Civil y de los arts. 2 y 822 del Código de Comercio.

Para sustentar su acusación, señaló el recurrente que “el Tribunal se dejó llevar por el espíritu del código en cuanto respecta a la autonomía de las partes en la variación de la responsabilidad que cabe a los arrendadores y arrendatarios en un contrato de arrendamiento”, pero “olvidó que nos encontramos frente a un contrato de Leasing”, de carácter atípico, “que impide...la aplicación absoluta de las normas del Código Civil en lo que respecta a la estipulación de las cláusulas de exoneración de responsabilidad”, razón por la cual el sentenciador “entendió mal el conjunto de normas que regulan esta situación y se extralimitó al dejar de lado

las normas básicas del Código Civil que por vía supletoria deben aplicarse en los litigios originados en los contratos de Leasing” (fl. 8, cdno. 6).

Precisó luego la censura, que la interpretación que hizo el *ad quem* no se compagina con la finalidad perseguida con dicho negocio jurídico, que no es otra que la de “financiar la utilización de bienes productivos”, propósito que en este caso no se logró por la mala calidad y por los vicios de construcción de la maquinaria y equipos arrendados, lo que imposibilitó su funcionamiento desde que fueron empotrados en las instalaciones de la demandante, “suscribiéndose el contrato con posterioridad a la instalación... de la precitada maquinaria y equipo, así solamente podrían tener conocimiento del buen o mal funcionamiento..., después de su instalación, es así como los vicios ocultos brillan a la luz, no antes” (fl. 8, ib.).

A continuación sostuvo que si bien es cierto el contrato de Leasing es bilateral, no lo es menos que “su configuración total es tripartita”, puesto que intervienen tres partes: El arrendador o propietario, el arrendatario y el proveedor, “con vínculos jurídicos independientes”, de suerte que al presentarse deficiencias o vicios ocultos que ocasionan el mal funcionamiento de los bienes, el arrendatario debe dirigir su acción contra el arrendador, con quien se encuentra unido jurídicamente mediante el contrato de Leasing, pues de lo contrario quedaría completamente desamparado, dado que por tratarse –en parte- de un contrato de adhesión, “el arrendador unilateralmente impone la cláusula de exoneración de toda responsabilidad por el mal funcionamiento por defectos de construcción o vicios ocultos de la maquinaria o equipos tomados por el arrendatario”, motivo por el cual, si “se le da eficacia jurídica a una cláusula de esta naturaleza”, el arrendatario no tendría a quien reclamar (fls. 8 y 9, cdno. 6).

Por tanto, a juicio del recurrente, “el Tribunal dio una indebida interpretación a la cláusula segunda del contrato de arrendamiento financiero distinguido con el No. 1783 de mayo 3 de 1993, al darle eficacia jurídica a pesar de que en ella se está cometiendo una exoneración de responsabilidad o estipulación contractual contra derecho” (fl. 9, ib.). Ese tipo de cláusulas, agregó, no se concibe en un contrato bilateral y no existe norma alguna que autorice al arrendatario a entablar acciones directas contra el proveedor, con quien no tiene vínculo jurídico.

Más adelante, advirtió que la ineficacia jurídica de la cláusula de exoneración de responsabilidad contenida en dicho contrato, “radica en el hecho de que si bien es cierto que al celebrarse el contrato de Leasing precitado, la maquinaria y equipo no se encontraba funcionando adecuadamente,...al momento de firmarse el contrato ésta se encontraba en período de acondicionamiento y empotramiento, por lo cual era imposible conocer de sus vicios ocultos” (fl. 9, ib.).

Finalmente, puntualizó que en la citada cláusula segunda, “no se especificó o determinó de manera alguna el vicio o vicios que los susodichos bienes pudiesen adolecer (sic)”, como lo exige el artículo 1992 del Código Civil, motivo por el cual, al no cumplirse con dicha “condición esencial para la exoneración de responsabilidad del arrendatario,..., cual es la identificación de dichos vicios, el Tribunal interpretó erradamente los alcances jurídicos o eficacia legal” de esa estipulación, dándole prevalencia a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual, lo que originó la no aplicación de los artículos 1990 y 1991 del Código Civil.

CONSIDERACIONES

I. Como claramente se puede deducir del compendio del cargo propuesto, el nudo gordiano de la discusión planteada por el recurrente, se reduce a establecer

si, tratándose de los denominados –en el argot jurídico-comercial- contratos de leasing, es válida y, por tanto eficaz, amén que procedente, la cláusula de exoneración de responsabilidad de la compañía de leasing por vicios ocultos y, en general, por defectos –técnicos- en el funcionamiento del bien objeto del negocio jurídico, problemática que exige, como insoslayable punto de partida, el análisis de sendos aspectos torales, relativos al acuerdo negocial en cuestión, para luego precisar, con soporte en ello, si tal suerte de pacto –el de estirpe exonerativa- se acompasa con la estructura misma del respectivo contrato y, claro está, con el ordenamiento preceptivo patrio.

A. El contrato de leasing:

El ‘leasing’ –anglicismo recientemente incorporado al castellano, según lo realza la última edición del Diccionario de la Lengua Española-, es una operación originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, que se remonta a los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, específicamente, a comienzos de la década de los cincuenta, prevalentemente como un novísimo modelo de financiación, muy apropiado para adelantar –o apalancar- procesos de reconversión industrial, en cuanto permitía –y permite- el acceso al crédito y, por contera, a bienes de capital o a equipos necesarios para el crecimiento y expansión económica, sin tener que afectar o comprometer, en grado superlativo, el patrimonio del empresario o, en general, del usuario crediticio y, de paso, obtener algunas ventajas de orden fiscal o tributario.

Es este, entonces, un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad autorizada –por la ley- para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal –mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, *lato sensu*, necesariamente productivo-, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que

sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, *in actus*, la propiedad de la misma, previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior –por supuesto- a su costo comercial (valor residual), sin perjuicio de la posibilidad de renovar, *in futuro*, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes.

En su fase o etapa precontractual (*iter contractus*), el leasing suele estar precedido, las más de las veces, de la formulación de una puntual indicación que el candidato a tomador le formula a la compañía de leasing, para que ésta –a nombre propio- adquiera el bien o bienes sobre los cuales habrá de celebrarse el contrato, de forma tal que cuando esa actuación se materializa, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing (negocio jurídico de aprovisionamiento), es meramente instrumental, en cuanto tiene su razón de ser, únicamente, en el posterior perfeccionamiento de la descrita negociación (*posterius*), la cual, por consiguiente, aflora como un contrato de intermediación financiera –en sentido lato-, habida cuenta que el usuario, en últimas, lo que persigue es acceder –indirectamente- al crédito que le resulta necesario para procurarse la utilidad de un bien, no así –por lo menos en forma inmediata- su propiedad, derecho que, en la hora de ahora, no luce esencial –y menos inexorable- para la generación de riqueza y, por lo mismo, hoy no se erige en el epicentro de la contratación contemporánea, como otrora acaecía. Más aún, bien podría afirmarse que el tomador se sirve del leasing para autofinanciarse, como quiera que él se traduce en una “técnica financiera que permite realizar una inversión amortizable con la rentabilidad producida por la explotación económica de un bien”⁹⁵.

⁹⁵ Asociación Bancaria de Colombia. Leasing o arrendamiento financiero. Bogotá. 1982. Pág. 15.

Ahora, cuando esta situación se presenta, es decir, que la sociedad de leasing adquiere –de manos de un tercero- el bien por señalamiento concreto de su cliente, a quien entregará luego su tenencia, con opción de compra al final del contrato, se está en presencia del denominado leasing financiero, que difiere en ese preciso aspecto, en lo que a modalidades se refiere - sin ahondar en otras clasificaciones doctrinales que incluyen expresiones del contrato como el leasing de consumo; el ‘lease-back’; el ‘crossborder leasing’; el ‘big ticket’; el leasing sindicado; el ‘taylor made’; el samurai leasing, el leasing inmobiliario y el mobiliario, entre otras -, del llamado leasing operativo, en el que el bien objeto del contrato, de antemano, hace parte del haber –o “*stock*”- de la compañía, la que se sirve del leasing para comercializar un producto suyo. Es el apellidado leasing del fabricante o del distribuidor, en la actualidad de menor usanza.

Destácase que la circunstancia de que el futuro tomador realice una específica indicación o señalamiento a la sociedad de leasing para la compra de los bienes a un determinado productor o proveedor, revela la presencia de diversos intereses en este peculiar negocio jurídico, sin que, por razón de los mismos, en efecto, sus titulares inexorablemente se conviertan en partes del contrato, *stricto sensu*. En este sentido, más allá de la discusión de si se trata de una arquetípica relación tripartita o no, o de si el leasing se enmarca dentro del denominado *coligamento negocial*, apellidado por otros como teoría del grupo –o agrupamiento- de contratos o de las redes contractuales, resulta innegable, en la *praxis*, la intervención fáctica de tres sujetos en la operación comercial (proveedor; compañía de leasing y usuario), no así en el contrato de leasing propiamente dicho, esto es, en el tipo contractual en particular, en el que únicamente son partes los dos últimos, con todo lo que ello supone en la esfera negocial. De allí que éste negocio, *per se*, no pueda calificarse como plurilateral, ya que en él no participa ni volitiva ni formalmente el proveedor, por manera que no funge como parte, en estricto rigor. Al fin y al cabo, éste se sitúa en la periferia negocial, sin que por ello

se le reste vigencia a su participación en la referida operación comercial, no necesariamente coincidente con la negociación jurídica, hija del asentimiento de la sociedad de leasing y del usuario, como se anotó⁹⁶.

En otras palabras, en lugar de un negocio plurilateral, lo que existe es una pluralidad de roles: del proveedor (vender el bien), la sociedad de leasing (adquirir y pagar el precio del señalado bien que posteriormente dará para su uso) y el usuario (pagar el canon o retribución mensual), que denotan la presencia de intereses divergentes, propios del contrato bilateral –o de prestaciones recíprocas– y no convergentes, predicables –en sí– del negocio plurilateral, máxime cuando el norte de los intereses del usuario, del proveedor y de la sociedad de leasing no es simétrico y sus prestaciones no se orientan, articulada e irrefragablemente, a la consecución de un fin común a todas ellas, según tiene lugar en el referido contrato plurilateral.

B. Naturaleza jurídica del contrato de leasing

La sola reseña de la convención materia de exégesis, pone de presente que el leasing es un contrato que reviste ciertas particularidades que, *ab initio*, lo hacen diferente de los distintos negocios jurídicos regulados por la ley. Y esa circunstancia conduce a plantear, delantamente, que a él no se le ha dispensado –en Colombia y en buena parte de la legislación comparada– una regulación normativa propiamente dicha, vale decir suficiente, en lo estructural y en lo nuclear, sin que por tal, en estricto sentido, se pueda tener la contenida en el Decreto 913 de 1993, cuyas previsiones generales en torno al contrato de leasing, que –en un sentido amplio– también denomina “arrendamiento financiero”, tienen como definido propósito delimitar el ámbito de las operaciones que, *in concreto*, pueden desarrollar las compañías de financiamiento comercial o las sociedades especializadas en leasing (art. 1º).

⁹⁶ Cfme: Giorgo de Nova. Profili Giuridici del Leasing, Roma, pg. 354

De ahí que se trate, en puridad, de un decreto expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades de intervención que le fueron concedidas por la Constitución y la Ley “en relación con las entidades financieras” (arts. 189 numeral 24 y 335 Constitución Política.; numeral. 1º, lits. a) y f) art. 48 Dec. 663/93), lo que devela que esa normatividad, al igual que la precedente (Decs. 148/79; 2059/81; Ley 74/89; Dec. 3039/89, entre otros), más que disciplinar el negocio jurídico en sí mismo considerado, tiene una finalidad fundamentalmente orgánica, como quiera que se enmarca dentro del régimen de las entidades que – por ley- pueden adelantar este tipo de operaciones. Expresado de otra manera, aquella es una preceptiva más propia del derecho público financiero o societario, que del derecho privado contractual (*jus privatum*).

En este orden de ideas, como el legislador –rigurosamente- no se ha ocupado de reglamentar el contrato en cuestión, mejor aún, no le ha otorgado un tratamiento normativo hipotético, al cual, “cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla general” (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), es menester considerar, desde la perspectiva en comento, que el leasing es un negocio jurídico atípico, así el decreto aludido, ciertamente, le haya conferido una denominación (*nomen juris*) y se haya ocupado de describir la operación misma, pues la atipicidad no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel (sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características, como tampoco por la calificación que –*expressis verbis*- le otorguen las partes, si se tiene en cuenta que, de antiguo, los contratos se consideran preferentemente por el contenido –prisma cualitativo- que por su nombre (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*). Incluso, se ha entendido que puede hablarse de contrato atípico, aún si el legislador ha precisado alguno de sus elementos, en el entendido, ello es neurálgico, de que no exista una *regulación autónoma*, propiamente dicha,

circunstancia que explica, al amparo de la doctrina moderna, que puedan existir contratos previstos, pero no disciplinados.

Desde luego que esa atipicidad tampoco se desvanece por su semejanza con negocios jurídicos reglamentados –o disciplinados, en lo estructural-, pues, se sabe, “la apariencia formal de un contrato específicamente regulado en el C.C. no impide descubrir que por debajo yace un contrato atípico”⁹⁷, categoría dentro de la cual se subsumen, incluso, aquellas operaciones “que implican una *combinación* de contratos regulados por la ley”⁹⁸ (Cfme: G.J. LXXXIV, pág. 317 y cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817).

Es de acotar, por su conexión conceptual con el presente asunto, que esta Sala, en reciente oportunidad, puso de presente que existen casos en los que la ausencia de regulación normativa suficiente, puede conducir a catalogar a un contrato como atípico. Así lo expresó en punto tocante con el contrato de agencia de seguros, no obstante referirse a ella leyes y decretos (ley 65/66 y decretos 827/67, 663/93 y 2605/93), ya que “nunca el legislador ha intentado disciplinar con la especificidad requerida, suficiente como para darle cuerpo de un contrato típico, el vínculo que contraen directamente la Compañía y la Agencia de Seguros. La Ley, al igual que lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de las aseguradoras y de sus intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que estos celebran” (se subraya; cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817).

Bajo este entendimiento, si el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantadamente por las reglas

⁹⁷ Jaime Santos Briz. Los Contratos Civiles. Nuevas Perspectivas. Granada. Comares. 1992. p. 327.

⁹⁸ Alberto Spota. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. V.1. Buenos Aires. Depalma 1981. p. 199.

que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo. No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por “las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público”; en segundo lugar, por “las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales” y, finalmente, ahí sí, “mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante” (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico.

Ahora bien, a la atipicidad del contrato –entendida rigurosamente como se esbozó-, debe agregarse que el leasing es un negocio jurídico consensual; bilateral - o si se prefiere de prestaciones recíprocas -, en cuanto las dos partes que en él intervienen: la compañía de leasing y el usuario o tomador, se obligan recíprocamente (interdependencia prestacional); de tracto o ejecución sucesiva (negocio de duración), por cuanto las obligaciones principales –y originarias- que de él emanan: para el contratante, conceder el uso y goce de la cosa y para el contratista, pagar el precio, no se agotan en un solo momento, sino que se desenvuelven y desdoblan a medida que transcurre el tiempo (*tempus in negotio*); oneroso, toda vez que cada una de las partes busca un beneficio económico que, *recta vía*, se refleja en la obligación asumida por la parte contraria o cocontratante y, finalmente, las más de las veces, merced a la mecánica comercial imperante en la *praxis* contractual, por adhesión, como quiera que el usuario debe sujetarse, sin posibilidad real de discutirlos, a unas cláusulas previamente establecidas –o fijadas *ex ante* -, con carácter uniforme por la compañía de leasing (condiciones generales dictadas por la entidad predisponente).

No escapa a la Sala que la doctrina nacional e internacional, ha discurrido entre diversas tipologías contractuales, a la hora de precisar cuál es la naturaleza jurídica del leasing, al punto que éste, en el plano dogmático, es uno de los tópicos más controversiales de la ciencia mercantil contemporánea. Así, sólo por vía de ejemplo, se ha considerado que se trata de un arrendamiento, habida cuenta que, en lo medular, el contratante entrega al usuario la tenencia del bien para su uso y goce, a cambio de un precio; o de un arrendamiento *sui generis*, en la medida en que posee una fuerte naturaleza financiera; o de equipamiento-arriendo, en cuanto reservado –fundamentalmente- para proveer de equipo a la industria y el comercio, entre otras razones; o una compraventa a plazos con reserva de dominio, toda vez que la sociedad de leasing conserva la propiedad del bien que ha adquirido por instrucciones del tomador, quien podrá hacerse a ese derecho al finalizar el contrato; o como un contrato de crédito, pues la compañía financiera, en últimas, adelanta el capital al adquirir el bien escogido por el usuario del equipo. Y, en fin, se ha querido ver en él una suerte de negociación compleja –o articulada -, en el que conviven, de alguna manera, diversos negocios jurídicos: el arrendamiento con la opción de compra –o con una promesa unilateral de venta, precisan algunos-, sobre la base de que el arrendador le concede al locatario el derecho de adquirir el bien arrendado, al terminar el contrato (Consejo de Estado. Sent. de 14 de diciembre de 1988; exp: 1661); o el contrato de locación con la compraventa, que es una variante de la anterior, en cuanto las partes, al finalizar el arrendamiento, podrían ajustar una venta en la que se imputaría al precio una parte de los cánones previamente percibidos.

Sin embargo, todas estas teorías, en mayor o menor medida, no están exentas de puntuales reparos que un sector de la misma doctrina, con razón, se ha encargado de develar, poniendo de relieve que el leasing, merced a sus inocultables y crecientes particularidades, amerita un tratamiento genuino, en manera alguna dictado o impuesto por los modelos contractuales perfilados

antaoño, ahijados para regular o disciplinar tipos estructuralmente disímiles (dictadura de los 'contratos príncipes'). No en vano el derecho en general, pero sobre todo el contractual, signado por su sistemático dinamismo, no es marmóreo y, menos aún, estacionario.

Así, aunque el leasing y el arrendamiento son contratos en virtud de los cuales se entrega la tenencia, el precio que se paga por ella en el primero responde a criterios económicos que, en parte, difieren de los que determinan el monto de la renta (p. ej.: la amortización de la inversión y los rendimientos del capital), sin que tampoco sea propio del contrato de locación, como sí lo es del leasing, la existencia de una opción de compra a favor del tomador, quien, además –ello es medular en la esfera reservada a la causa negocial-, acude a éste último negocio como una legítima alternativa de financiación, a diferencia de lo que acontece en el arrendamiento, en el que milenariamente la causa del contrato para el arrendatario, estriba en el disfrute de la cosa. De igual forma, si bien es cierto que en el leasing, el usuario tiene la lícita opción de hacerse a la propiedad de la cosa (*posterius*), es enteramente posible que no lo haga y que, por tanto, al vencimiento del contrato restituya la cosa a la compañía, circunstancia que impide su generalizada asimilación a la compraventa –sobre todo *a priori*-, la que además, tiene confesada vocación de “transferir” el dominio, no así el leasing que, en línea de principio, únicamente permite obtener la tenencia, como se acotó (negocio tenencial). En este mismo sentido, no puede afirmarse que el leasing se asimila o se traduce en un mutuo, como quiera que ni es contrato traslativo del dominio, mucho menos de naturaleza real, ni tampoco recae sobre bienes fungibles (Cfme: cas. civ. de 22 de marzo de 2000; exp: 5335).

Similares razones conducen a no acoger aquellas posturas que acoplan o engastan en el leasing, a modo de *collage*, diversos negocios jurídicos (pluralidad negocial, tales como arrendamiento con opción de compra; compraventa con pacto de reserva de dominio, entre otras), habida cuenta que a través de ese

expediente, *in radice*, se desdibujan las razones jurídico-económicas que, en la órbita causal, motivan la celebración del contrato, pues, de una parte, no puede afirmarse categóricamente y privativamente que el usuario en el leasing siempre aspira a hacerse a la propiedad de la cosa, según se esbozó; más bien, se ha procurado – en sentido amplio- un mecanismo indirecto de financiación para servirse de la utilidad que le es intrínseca a aquel, sin menoscabo del capital de trabajo que posee, conforme a las circunstancias. De igual forma, no puede perderse de vista que la determinación del precio en el contrato de leasing, tiene una fisonomía muy especial, que no responde única y exclusivamente al costo por el uso y goce concedido al arrendatario, sino que obedece, prevalentemente, a criterios financieros que van desde la utilidad propiamente dicha, pasando por la recuperación de la inversión, hasta la eventual transferencia del derecho de propiedad.

Expresado en términos concisos, en obsequio a la brevedad, es preferible respetar la peculiar arquitectura jurídica del apellidado contrato de leasing, antes de distorsionarlo o eclipsarlo a través del encasillamiento en rígidos compartimentos contractuales típicos, se itera, facturados con una finalidad histórica enteramente divergente, propia de las necesidades de la época, muy distintas de las que motivaron, varias centurias después, el surgimiento de este lozano acuerdo negocial.

C. La obligación de saneamiento por defectos de calidad y por vicios ocultos de la cosa entregada en leasing y la cláusula de exclusión de responsabilidad redactada por la sociedad contratante.

Establecido que el leasing es un contrato atípico –desde la perspectiva referida por la Corte-, corresponde indagar ahora, bajo esa específica consideración, si la sociedad de leasing está –o no- obligada a responder por los

defectos de calidad que experimente ulteriormente la cosa, lo mismo que por los vicios ocultos de la misma.

1) Para responder este interrogante, es necesario tener en cuenta que el leasing, según se analizó, constituye –en lo fundamental- un negocio de intermediación financiera –lato sensu-, en el que es el usuario o tomador el que selecciona el bien que, en lo material, habrá de ser objeto del contrato.

Expresado en otros términos, la compañía del leasing, es la regla, se sitúa al margen de la escogencia del bien, la cual se verifica en función de las necesidades de quien habrá de ser contratista, quien determina –*ex ante*- sus características, funcionalidad, e incluso el proveedor mismo, según se delineó⁹⁹. En tal virtud, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing, de ordinario, se hace en atención a esos requerimientos específicos del cliente; a las indicaciones o señalamientos que previamente le han sido dados por él, de suerte que para la futura contratante, la causa inmediata para hacerse a la propiedad de la cosa, radica en la ulterior celebración del contrato de leasing –propriamente dicho- (negocio jurídico de aprovisionamiento). Ese, precisamente, es el móvil que explica la prenotada adquisición, la que se realiza, únicamente, en función de la celebración del contrato en comento, en consideración, huelga acotarlo una vez más, a que la entidad, *motu proprio*, no se convierte en propietaria para disfrutar directa y personalmente de la cosa, sino para permitirle a otro tal disfrute (negocio tenencial -y eventualmente dominical-) . Esa es la *ratio* de su actividad comercial y, por contera, la explotación ordinaria de su objeto social (art. 20 numeral 2° C. de Co.)

⁹⁹ La Convención sobre leasing financiero internacional –de UNIDROIT-, celebrada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, precisa en su artículo 2° como característica de este contrato, que es “...el arrendatario –*el que*- especifica el equipo y selecciona el proveedor, sin basarse en la destreza y criterio del arrendador”.

Expuesta así la teleología del leasing financiero, su razón de ser, es apenas lógico que, dadas estas características, de suyo connaturales a este tipo individual de negocio, la sociedad de leasing, no obstante ser la propietaria del bien; de haberse desprendido de la tenencia para facilitar el uso y goce y de otorgar una opción –futura- de compra al usuario o tomador del contrato, según se subrayó, no está llamada –de ordinario- a responder por los defectos de calidad que presente la cosa, así como de los vicios o defectos ocultos que la hagan impropia para el fin perseguido por el usuario o que afecten la destinación que le es inherente, habida cuenta que ella, de una parte, no tuvo en la operación descrita, ninguna participación o incidencia en la escogencia del bien y del proveedor y, de la otra, porque el rol que asumió fue el de simple dispensador de los recursos necesarios para la adquisición de aquel, con el fin de poder celebrar el contrato de leasing. Tales, entonces, las razones medulares por las cuales la compañía de leasing, en el contrato en cuestión, no asume, en línea de principio rector, el riesgo técnico de la cosa, ni, por ende, una responsabilidad personal por tal concepto, conclusión ésta a la que, con rotundidad, también se ha arribado en otras naciones y modelos.

Así las cosas, entendido pues el contrato de leasing como un negocio jurídico atípico y con autogobierno, según quedó explicado en párrafos precedentes, aunado al hecho de que, en la especie financiera, la sociedad de leasing cumple una función de intermediación para la financiación del bien escogido por el tomador, fuerza colegir que así como tales características justifican la exclusión de responsabilidad por los defectos de calidad que presenten los bienes, ellas mismas aconsejan, por su especialidad y elevado grado de tecnicismo, que se den a conocer al cocontratante, *in potentia*, puesto que así se garantizaría *-ex abundante cautela-* que el usuario conociera las condiciones específicas de la operación jurídica, ligadas, en el referido tópico, a una materia que se plantea no siempre en forma simétrica, *a fortiori*, en punto tocante a la contratación adhesiva o por adhesión, tan en boga. Así lo determina,

por lo demás, en el campo del moderno derecho del consumo, el socorrido principio de transparencia negocial (*trasparenza*), que implica explicitar aquellas condiciones del negocio jurídico que, aún siendo connaturales –o familiares- a la operación negocial, deben manifestarse para que el adherente conozca, con claridad y precisión, los términos de su vinculación (cognoscibilidad de sus derechos, cargas y obligaciones, a la par que las atinentes a la sociedad de leasing), tanto más si la especialidad y tecnicismo del contrato no permite suponer que deba conocerlos (prófano), todo lo cual se halla estrechamente vinculado al insoslayable y aquilatado deber de información que, en guarda de la buena fe, tiene el profesional en este tipo de negocios, con mayor razón cuando funge como predisponente del contenido contractual.

2) Ahora bien, es cierto que frente al contrato que celebran el proveedor y la sociedad de leasing, el usuario es un tercero, dado que no interviene, en estricto, como parte en la operación a través de la cual se radica el dominio en cabeza de la última, como ya se reseñó. Sin embargo, por esa sola circunstancia, no se puede descartar apriorísticamente su legitimación para reclamarle al proveedor por los defectos de calidad y por los vicios ocultos que presente o experimente la cosa, pues ella, en un plano teórico, que el caso presente no demanda, estaría llamada a surgir de la cesión o transferencia convencional que de esas acciones en particular, hiciera la compañía de leasing a favor del usuario en el contrato.

Expresado de otro modo, así como es tolerada en el contrato que ocupa la atención de la Corte –que no en todas las demás modalidades- la exclusión de responsabilidad de la compañía de leasing por los defectos de calidad y por los vicios redhibitorios –como se examinó -, igualmente resultaría plausible, así como a tono con lo señalado en líneas que anteceden, la estipulación de cesión a favor del tomador, de los derechos que tiene dicha sociedad frente al proveedor, en relación con tales vicisitudes. Así se preservarían

incólumes y se harían efectivos, los grandilocuentes principios de equilibrio negocial y equidad contractual, de forma tal que la exoneración –o ausencia- de responsabilidad de la compañía de leasing, en el tópico que se analiza, estaría ligada –correlativamente e *in abstracto*- a la transferencia al tenedor, en forma coetánea al negocio jurídico de leasing, o con posterioridad a él, de los derechos y acciones que ésta tiene –como adquirente- contra el proveedor o productor, derivados de la infracción de la garantía o de la obligación de saneamiento por vicios ocultos, con el confesado propósito de que el tomador no quedare negocialmente desprotegido y pudiera válidamente legitimarse en las reclamaciones que le formule a aquellos.

A este respecto, en la esfera dogmática, un sector de la doctrina explicita que, “en aplicación del principio del efecto relativo de los contratos, el arrendatario carece de acción contractual contra el arrendador, bien sea por la no entrega de la cosa, por los vicios redhibitorios o por la evicción de la misma”, razón por la cual la legitimación del *arrendatario* para reclamar al proveedor –en el negocio de leasing-, desde el ángulo reseñado, derivaría de la cesión correspondiente de las acciones contractuales que el *arrendador* tiene frente a aquel, cesión que “no constituye una excepción a la relatividad de los contratos, pues el arrendatario se coloca en la misma posición jurídica del acreedor contractual.”¹⁰⁰. De allí que, insista la doctrina, que la referida cláusula de exoneración es de recibo, si se permite “...al usuario subrogarse en la posición de la sociedad de leasing para dirigirse directamente contra el suministrador, siempre que la sociedad de leasing ignore la existencia de los vicios en el momento en que celebró el contrato de arrendamiento financiero”¹⁰¹. De este modo, algunos han

¹⁰⁰ Javier Tamayo Jaramillo. Responsabilidad civil derivada del contrato de leasing, en Evolución del Derecho Comercial. Dike. Medellín. Pág. 37. Cfme: Carlos Felipe Dávalos Mejía. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. T. II. México. Harla. 1992. Pág. 515; Jorge E. Lavalle Cobo y Carlos A. Pinto. Leasing Mobiliario. Buenos Aires. Astrea. 1982. Págs. 166 y 167; Soyla H. León Tovar. El Arrendamiento Financiero (leasing) en el Derecho Mexicano. Ed. Universidad Autónoma de México. México. 1989. Pág. 69.

¹⁰¹ Antonio Cabanillas Sánchez. La Configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la

puntualizado que se evitaría "...que la exoneración de la entidad de leasing sea concebida como sinónimo de indefensión del usuario, de desequilibrio contractual".¹⁰²

Así lo corroboraría, en el mismo plano ya aludido, la estructura y el desenvolvimiento del referido contrato, habida consideración que si fue el usuario quien seleccionó el bien que habría de ser objeto de posterior contratación, no podría la sociedad de leasing, a pretexto de esta operación o de la opción de compra que le concede al tomador, asumir una responsabilidad que –en principio- le es extraña, dado que, se reitera, la adquisición del dominio por parte de dicha compañía es meramente facilitadora –o instrumental- de la operación de leasing propiamente dicha. Pero esa misma razón, vale decir, el interés del tomador o usuario en la compra que hizo la compañía de leasing del bien que luego recibió a título de tenencia –así sea indirecto-, evidenciaría la utilidad de la cesión de derechos y acciones al usuario, con el fin de otorgarle la debida legitimación frente al proveedor.

Obsérvese que, en la hipótesis teórica que se examina, lo que se demandaría es que la sociedad de leasing se comportare explícita y coherentemente como el intermediario financiero que es –en sentido lato-, calidad que lo conduciría a no mantener en su haber las acciones que le otorgan las leyes –o el contrato mismo- frente al proveedor de la cosa, tanto más cuanto ella no tendría ningún interés –real y definitorio- en conservarlas, ya que no le serían

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

¹⁰² María del Carmen García C. El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España, Aranzandi, Pamplona, pg. 200

de utilidad y, por el contrario, quien pudiera obtener beneficio poseyéndolas es el usuario en caso de resultar afectado, circunstancia esta que aconseja que dicho profesional no asuma una actividad pasiva “... más propia de espectadores que de partícipes en una relación negocial, así sea en potencia, a fortiori cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de un acuerdo volitivo, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario –bien entendido-, se orienta a la satisfacción del interés de su cocontratante, lo que específicamente supone, según reconocida doctrina jusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vívida explicitación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva, continente de los –llamados- deberes instrumentales o secundarios alusivos al comportamiento interpartes,...

” (cas. civ. 2 de agosto de 2001. Exp. 6146).

Es importante recordar que, justamente para dispensar protección a la llamada “parte débil” de los contratos celebrados sobre bienes y servicios, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1141 de agosto 30 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada del penúltimo inciso del artículo 11 del Decreto 3466 de 1982, también conocido como Estatuto del Consumidor, norma según la cual, “Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta...recae directamente en los proveedores o expendedores...”, sin perjuicio, precisó esa Corporación, “de que el consumidor o usuario también pueda exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos” (se subraya).

Por supuesto que esta legitimación extraordinaria del usuario para accionar frente al fabricante o el proveedor, con estribo en la garantía mínima presunta, no se opone o contradice con la cesión en favor de aquel, de las acciones legales y contractuales que emergen por causa de tales imperfecciones

o deficiencias de la cosa, ya que, de una parte, la protección debida al usuario, en el caso del leasing financiero, supondría dotarlo de la totalidad de las herramientas legales y convencionales, que fueren necesarias para que pudiera hacer efectivos sus derechos frente al expendedor o provisor, y no sólo de un conjunto de ellas y, de la otra, porque es claro que, por vía de ejemplo, la garantía mínima presunta y la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios, tienen un fundamento diferente: en el primer caso, la responsabilidad del productor por la idoneidad y calidad de los bienes que produce; en el segundo evento, la buena fe y la presunción de que el comprador quiere adquirir la cosa sana y completa, motivo por el cual no es posible entremezclarlas, tanto más cuanto que en la primera, la garantía mínima presunta, es de suyo más limitada y, por contera, restringida.

Es útil precisar que, en las condiciones reseñadas, la cláusula *sub examine*, esto es, la de exclusión de responsabilidad de la compañía de leasing por los defectos que presente la cosa, a modo de colofón, no envuelve un típico y diáfano desequilibrio, menos aún grave, colosal, relevante o cualificado (desequilibrio significativo), en la relación contractual, no sólo porque se trata de una previsión acorde con la descrita operación jurídica, concretamente en punto al leasing financiero –por aquello de la función de intermediación que, en sentido amplio, cumple la sociedad contratante-, sino también porque, si se aprecian con ponderación y medida las cosas, el tomador no resultaría desprotegido o abandonado a su propia suerte (postura acentuadamente individualista e insolidaria), en atención a que podría reclamar ante el proveedor cuando quiera que uno de tales vicios o defectos se presente, sin que pueda disputársele la legitimación en la causa, la que devendría de la cesión de las acciones que en su favor hiciera la compañía de leasing y, tratándose de la garantía mínima presunta, de la Constitución misma y de la Ley, como se reseñó por la Corte Constitucional, en la reciente sentencia ya citada.

En este sentido, aun cuando el contrato de leasing es –por regla- un negocio jurídico por adhesión a condiciones generales, conforme se pinceló en acápites que anteceden, entre las que se suele encontrar la de exclusión de responsabilidad por defectos de calidad y vicios redhibitorios, esa sola circunstancia, de por sí, no torna abusiva o vejatoria y, por tanto, ayuna de eficacia la cláusula en cuestión, si se tiene en cuenta que son “características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial - vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes” (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670).

En el caso de la supraindicada cláusula, es claro que ella no puede ser descalificada –o estigmatizada- por la única y escueta razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto –en sí mismo válido, a la par que legitimado por el ordenamiento preceptivo y por la jurisprudencia, sin perjuicio de los correctivos que, *in casu*, la doctrina ha delineado para mantener el adecuado equilibrio negocial-, sin parar mientes en la arquitectura misma del negocio jurídico del que hace parte, como se refirió en párrafos precedentes. De allí que ella señale, en apoyo de la propia jurisprudencia, que por ser el leasing un “modo de financiamiento”, ello es toral, se “justifican ciertas cláusulas excéntricas respecto al modelo de contrato”, las cuales aparejan algunos “sacrificios” para el usuario,¹⁰³ por las razones antedichas.

En tal virtud, no se puede afirmar que la exclusión de responsabilidad de la sociedad de leasing, así concebida, traduce un desequilibrio manifiesto en el

¹⁰³ Vincenzo Buonocore. Leasing. Cassazione e Leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio. En *Contratto e Impresa*. Roma. 1994. Pág. 157; En sentido similar, validando dichas estipulaciones, Mauro Bussari y Paolo Cendon. *I Contratti Nuovi, Leasing, Factoring, Franchising*, Giuffré, Milán, pg. 107.

contrato, habida cuenta que, en esos términos, no genera “una ventaja significativa sobre el consumidor, sin contrapartida o fundamento que lo justifique”, ni “compromete el principio de la máxima reciprocidad de intereses” (se subraya)¹⁰⁴.

3) Conviene brevemente resaltar, por su significación, que las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad no siempre se encuentran prohibidas por el legislador, concretamente el colombiano. Por el contrario, son varios los eventos en que, *ministerio legis*, expresamente se posibilitan, como en el caso del saneamiento por evicción (art. 1909 C.C.); del saneamiento por vicios redhibitorios (art. 1916 ib.); de la obligación del arrendador de hacer reparaciones necesarias en la cosa arrendada (art. 1985 ib.) o de la acción de saneamiento en el contrato de arrendamiento (art. 1992 ib.), entre otras hipótesis que siguen el trazado que pincela el artículo 1604 del Código Civil, norma según la cual, las reglas sobre responsabilidad del deudor que en él se establecen, tienen carácter supletivo, pues obran “sin embargo...de las estipulaciones expresas de las partes”.

Obviamente que, tratándose de conductas dolosas, no puede excusarse la responsabilidad de quien ha obrado con doblez, mancillando, de paso, el acrisolado postulado de la buena fe negocial –en su vertiente objetiva-, razón por la cual, de antiguo, bien se ha precisado que “es nulo el pacto de que uno no deba responder por dolo” (*conventio en quis teneatur de dolo, non valet; Accursio*), según lo ha corroborado, reiteradamente la jurisprudencia patria (G.J. Tomo C. pág. 280. Cfme: XLIV, pág. 405).

¹⁰⁴ Rubén S. Stiglitz. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. T. II. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1999. Pág. 36. Cfme: Justino F. Duque Domínguez. Las Cláusulas abusivas en contratos de consumo. En Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas. Valladolid. Lex Nova. 2000. Págs. 475 y 476.

En consecuencia, a menos que la compañía de leasing hubiere procedido con culpa grave o dolo –lo que deberá acreditar cabalmente el usuario o tomador, pues el dolo no se presume (*dolus non praesumitur*)-, o que “la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimite por actos u omisiones en el ejercicio” de la prerrogativa que tiene, dada su posición dominante, de “predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones” que realiza, “así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha” (CCXXXI, pág. 747), la cláusula de exclusión de responsabilidad por defectos de calidad y vicios redhibitorios, en las circunstancias descritas precedentemente, goza de eficacia jurídica.

4) Puestas de este modo las cosas, fuerza concluir que si la compañía de leasing, sólo en las precitadas condiciones, puede válidamente despojarse de la obligación de responder por los defectos de calidad y por los vicios ocultos que presente la cosa, no podrá el usuario o tomador, en presencia de ellos, reclamar la terminación del contrato de leasing, a pretexto de lo establecido en el artículo 1990 del Código Civil y, menos aún, demandar el pago de perjuicios en los precisos términos de los artículos 1991 y 1992 de dicha codificación, toda vez que, de una parte, la sociedad contratante, en desarrollo de la cláusula de exclusión de responsabilidad, no está obligada a mantener la cosa en estado de poderle prestar un servicio al usuario, por lo que, en rigor, no podría reprochársele incumplimiento o inejecución prestacional y, de la otra, si el mal estado o calidad del bien le impiden al arrendatario hacer uso de ella, esta circunstancia es ajena a la operación financiera que va implícita –o ínsita- en el contrato de leasing, ya que, se insiste a riesgo de tautología, fue el usuario quien libremente, esto es, a su leal saber y entender, seleccionó privativamente la cosa, así como el proveedor, motivo por el cual bien puede la sociedad de leasing, excusarse de soportar las consecuencias adversas derivadas de esa escogencia.

Lo anterior es aún más evidente, si se tiene en cuenta que los referidos preceptos, en estrictez, no están en consonancia con la arquitectura de este contrato atípico - el leasing financiero-, lo que los torna inaplicables.

Cumple anotar que la conclusión a la que se ha arribado, importa memorarlo, únicamente es predicable de aquellos contratos en que el usuario, en forma autónoma e independiente, ha seleccionado el bien materia de leasing, como es el caso del leasing financiero, una de sus específicas modalidades. Pero tratándose del denominado leasing operativo, lo mismo que en el caso de que la compañía de leasing haga la elección o circunscriba la escogencia del bien a ciertos y prefijados proveedores, de forma tal que ello –de alguna manera- determine la selección que haga en su momento el contratista, la cláusula de exclusión que se analiza, no puede ser admitida en relación con la obligación de garantía, como tampoco respecto de aquellos vicios de que tenía conocimiento la compañía y sobre los cuales no dio noticia al usuario, es decir, cuando medie mala fe de aquella, en la medida en que, ahí sí, dicha cláusula traduciría un grave y manifiesto –o significativo- desequilibrio en la relación contractual, pues es claro que en ese tipo de operaciones de leasing, la compañía no funge exclusivamente como inequívoco intermediario, sino que, además, tiene un determinado y concreto interés en la colocación de los bienes materia del contrato, lo que, *ab origine*, le impide despojarse de la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin que ha sido arrendada.

II. Realizadas las consideraciones de carácter general que preceden, necesarias para el recto despacho del cargo formulado por el casacionista, debe manifestarse delantadamente, que la acusación por la supuesta falta de aplicación de los artículos 1990, 1991 y 1992 del Código Civil, cae en el vacío, toda vez que estas normas, como se analizó a espacio, chocan frontalmente con la *ratio* del leasing financiero antes expuesta, sin que se torne viable el expediente de la analogía, en orden a traer a colación, *ad exemplum*, las disposiciones del contrato

de arrendamiento, toda vez que estas, en lo relativo a la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada (nral. 2º art. 1982 C.C.), resultan extrañas a la estructura y a la teleología de un negocio jurídico que, como el leasing en mención, es atípico, a la par que dueño de las particularidades ya relatadas, encaminadas a resaltar su autogobierno y su carácter autónomo.

En efecto, si a la señalada tipología de leasing, resulta connatural la exclusión de responsabilidad de la entidad financiera, por el riesgo técnico de la cosa, no es posible que el usuario demande la rescisión o la terminación del contrato, so capa de que “el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada” (art. 1990 C.C.), como tampoco reclamar la reparación de los daños causados por los vicios redhibitorios de la misma (art. 1991 ib.), pretensiones que, así formuladas, resultan extrañas a un acuerdo negocial en el que el bien y el proveedor, fueron seleccionados exclusivamente por el usuario, cumpliendo la compañía de leasing, una simple función de intermediación *–lato sensu–*, que posibilitó la canalización indirecta de recursos que le permitieran a aquel, procurarse el uso y goce del equipo.

Por supuesto que la existencia de una cláusula que, por razones de transparencia negocial, haga explícita dicha exoneración de la responsabilidad de la sociedad de leasing, no traduce, necesariamente, un quebrantamiento de los artículos 15, 16 y 1604 del Código Civil, no solo porque, tratándose de un contrato atípico, es indispensable respetar su propia arquitectura jurídica, dibujada principalmente por el entramado de sus cláusulas, antes que por las reglas comunes a todo tipo de contratos, sino también porque, con abstracción de los eventos en que existe dolo por parte de la entidad financiera *–que no es este el caso litigado–*, nada obsta para que las partes, válidamente, hagan manifiestas aquellas condiciones contractuales que son inmanentes al negocio jurídico que celebran.

III. Estas razones permiten concluir, que el Tribunal no se equivocó al otorgarle eficacia jurídica a la cláusula segunda del “contrato de arriendo de maquinaria, equipo y vehículos” que las partes celebraron –correctamente concebido por la censura como un negocio jurídico de leasing financiero (fl. 8, cdno. 6)-, estipulación según la cual, “LA ARRENDADORA no asume ninguna responsabilidad por la idoneidad del equipo arrendado ni por sus condiciones de funcionamiento, ni sus cualidades técnicas, ni por el cumplimiento de los requisitos legales para su importación, cuando esta se requiera”, con la precisión de que “cualquier reclamo por falta o deficiencia en el equipo deberá ser presentada por LA ARRENDATARIA al Proveedor” (fl. 7, cdno. 1).

A. Esta previsión contractual –que se estimó y se estima válida-, le permitió al sentenciador afirmar que la sociedad de leasing fue excusada de su responsabilidad por el riesgo técnico de la cosa, tanto más si en la cláusula vigésimo tercera, las partes precisaron que la sociedad de leasing adquirió la maquinaria “al Proveedor Dicle Asociados Limitada., de acuerdo con instrucciones de LA ARRENDATARIA quien declara conocer y haber escogido el equipo” (se subraya; fl. 9 vltto., cdno. 1), circunstancia ésta que pone de presente, que el leasing celebrado fue de estirpe financiera, lo que explica la presencia en el entramado de sus cláusulas, de una que exime a la entidad financiera de toda responsabilidad “por la idoneidad del equipo arrendado”, lo mismo que “ por sus condiciones de funcionamiento”, aparejada de la advertencia al tomador, de que cualquier reclamación por dichas falencias, debería ser formulada al proveedor.

B. Agrégase que la pertinencia de la cláusula segunda, se torna más evidente en presencia de la garantía que el proveedor –Dicle Asociados Ltda.- le otorgó directamente al tomador –Inversiones Francesitas Ltda.-, en atención a la cual, ésta quedó legitimada para reclamar de aquella por los defectos de construcción y de funcionamiento que llegare a presentar el equipo.

Es así que con fecha marzo 18 de 1993, la sociedad Dicle Asociados Ltda., como suministrante del equipo posteriormente entregado en leasing a Inversiones Francesitas Ltda., le otorgó a esta “una garantía de un (1) año contra defecto atribuible a construcción y/o diseño” de la maquinaria, tal como lo devela la comunicación de la misma fecha (se subraya, fl. 13, cdno. 1), ofrecimiento que reiteró ocho días después en documento suscrito conjuntamente con la demandante (fl. 16, ib.).

Lo anterior para significar que, con anterioridad a la firma del documento contentivo del contrato (mayo 3/93), la empresa proveedora ya había dotado al tomador de un mecanismo que le otorgaba legitimación para reclamar frente a aquella, por las deficiencias en la calidad de la maquinaria, lo mismo que por los vicios que ella llegare a presentar, cualesquiera que ellos fueran, puesto que la garantía se extendió a “todo defecto atribuible a construcción y/o diseño” (fl. 13, cdno. 1), lo mismo que a “la funcionabilidad y la adecuación para el procesamiento de la papa llamada “francesita”” (fl. 16, ib.).

Por ende, si la sociedad demandante –*ex ante*– se encontraba habilitada para reclamarle al proveedor por las deficiencias o fallas en el equipo, como se explicitó en la cláusula segunda del contrato de leasing, es claro que no podía Inversiones Francesitas demandar a Leasing Bolívar por la advertencia de defectos de funcionamiento en la maquinaria, protesta que ha debido formularse ante Dicle Asociados Ltda., puesto que la entidad financiera, como intermediaria en la operación –en sentido muy lato–, válidamente fue excusada de responder por tales circunstancias, en desarrollo de una estipulación que, en virtud de lo discurrido en las consideraciones generales de esta providencia, luce eficaz, a la vez que ayuna de abusividad, *prima facie*. Téngase en cuenta que la garantía de buen funcionamiento, se hace extensiva, por regla, a la indemnización de perjuicios, como lo expresa, por vía de ejemplo, el artículo 932 del Código de

Comercio, circunstancia que excluye la posibilidad de demandar la reparación del daño por parte de la sociedad de leasing, la cual, se insiste, no está llamada a responder por el riesgo técnico del bien, en la modalidad de leasing financiero.

C. Cumple anotar que, si se aprecian bien las cosas, Inversiones Francesitas, con antelación a la firma del escrito con arreglo al cual se documentó el contrato, conoció la existencia de los defectos en los que ahora soporta su pretensión rescisoria. De ello es prueba la comunicación de marzo 15 de 1993, en la que la demandante hizo constar que no recibía “la zaranda clasificadora por las siguientes razones; destruye los bordes de la papa, no clasifica, amontona, el ruido es insoportable al oído humano; su mal terminado, algunos ángulos están podridos. En cuanto a la clasificadora esta hace todo, menos clasificar, así mismo las transferencias producen una pérdida en la materia prima aproximadamente de un 25%, lo que es prácticamente un desfase en la producción y los costos. El freidor continuo al terminar su fase, devuelve la papa al depósito de aceite, lo que produce que esta se ensucie es decir, se quema, de nada sirve un filtro en estas condiciones” (Se subraya; fl. 12, cdno. 1).

De allí que no resulte explicable que con fecha 25 de marzo de 1993, es decir, días después, Inversiones Francesitas hubiere recibido “de conformidad los... equipos estipulados en la factura No. 150 de Leasing Bolívar”, no obstante dejar constancia de los defectos ya mencionados, con la precisión de que “la línea DICLE es antieconómica, arriesgamos a perder el mercado por la baja calidad de la papa” (fl. 15, cdno. 1), y que posteriormente, al momento de suscribir el referido documento contractual hubiere aceptado, sin hacer ninguna salvedad al respecto, la cláusula segunda, al tenor de la cual, “LA ARRENDATARIA...manifiesta que el equipo arrendado que recibe...es de su entera satisfacción, que tiene todos los implementos necesarios para su utilización y que es apto para los fines a los cuales será destinado” (se subraya).

Por tanto, es claro que Inversiones Francesitas no puede alegar –con éxito - la presencia de tales defectos de funcionamiento en los equipos, para afincar una pretensión indemnizatoria frente a Leasing Bolívar, aparejada a la aspiración principal o fundamental de dar por terminado o rescindido el contrato de leasing, pues ello, en últimas, significa invocar -o por lo menos reconocer- su propia falta de diligencia, de la que nadie puede obtener beneficio o provecho alguno (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*), tanto más si se tiene en cuenta que es un profesional en el ramo, con lo que ello implica en la esfera jurídica, más concretamente en materia de responsabilidad civil contractual.

IV. Resta señalar que la Corte no puede entrar a analizar si la maquinaria que fue objeto del contrato de leasing, se encontraba o no en período de “acondicionamiento y empotramiento”, como lo sugiere el casacionista al final de su demanda (fl. 9, ib.), toda vez que este es un tema de orden fáctico, *per se* extraño a la formulación que hizo el recurrente de su acusación, perfilada por la vía directa.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 25 de octubre de 1.996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario adelantado por Inversiones Francesitas Ltda. contra Leasing Bolívar S.A..

Condenar en costas del recurso a la parte recurrente. Liquidense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

JORGE SANTOS BALLESTEROS

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

Sentencia C-056/98

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Falta de pago/CARGA DE LA PRUEBA-En caso de no pago de arrendamiento

La exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. Este podrá ser oído y actuar eficazmente en el proceso, en el momento que cumpla con los requisitos legales, objetivos y razonables, que permiten conciliar los derechos subjetivos de las partes con la finalidad última del derecho procesal: permitir la resolución oportuna, en condiciones de igualdad, de los conflictos que se presentan en la sociedad.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN NORMA DEMANDADA-Omisión de concepto de violación

Del examen atento de la demanda surge que el demandante concretamente sustentó el concepto de la violación en relación con los numerales del parágrafo 2° del art. 424 del C .P.C. que ya habían sido objeto de pronunciamiento por la Corte, mas no en relación con los demás numerales objeto de este proveído. Es evidente la unidad de materia entre las regulaciones contenidas en los segmentos normativos que fueron materia de pronunciamientos anteriores por esta Corte en las referidas sentencias y las normas sometidas ahora al examen de constitucionalidad. Por lo tanto, la omisión detectada es irrelevante, porque los cargos de inconstitucionalidad que se hacen en relación con los numerales 2 y 3 del parágrafo 2° del art. 424, igualmente pueden predicarse con respecto a los siguientes numerales demandados.

RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO-Procedimiento constitucional

Las normas acusadas antes que violar la Constitución se conforman con sus mandatos, porque contienen reglas procesales que aseguran el debido proceso, el adecuado acceso a la justicia, la buena fe en las actuaciones procesales y la celeridad y eficacia de los procesos.

Referencia: Expediente D-1756

Normas Demandadas:
Código de Procedimiento Civil,
artículo 424, Parágrafo 2°,
Numerales 2, 3, 4, 5 Y 6 (P).

Actor: Alejandro Alberto Delgado
Flórez.

Magistrado Ponente:
Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte a proferir la sentencia correspondiente en relación con la demanda presentada por el ciudadano Alejandro Alberto Delgado Flórez, contra los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 (p) del parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, afirmando su competencia con fundamento en el artículo 241-5 de la Constitución Política.

Por auto de fecha agosto 21 de 1997 fue rechazada la demanda contra los numerales 2 y 3 del parágrafo 2 del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil y se admitió exclusivamente en relación con los numerales 4, 5 y 6 del parágrafo 2° del art.424 del C.P.C., en atención a que mediante las sentencias C-70/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-056/96 (M. P. Jorge Arango Mejía), la Corte había declarado la exequibilidad de los numerales 2 y 3 de la disposición normativa antes especificada y se había operado con respecto a éstos el fenómeno de la cosa juzgada.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

Se transcriben a continuación los numerales 2, 3, 4, 5, y 6 del parágrafo 2° del art. 424 del Código de Procedimiento Civil, destacando en negrilla los segmentos normativos demandados a los cuales se contrae el fallo de la Corte:

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículo 424. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1°, num. 227. Restitución del inmueble arrendado. Cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

PARAGRAFO 2°. Contestación, derecho de retención y consignación.

(...)

2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos en favor de aquél.

3. Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen dentro del proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo.

4. *Los cánones depositados para la contestación de la demanda se retendrán hasta la terminación del proceso, si el demandado alega no deberlos; en caso contrario se entregarán inmediatamente al demandante. Si prospera la excepción de pago propuesta por el demandado, en la sentencia se ordenará devolver a éste los cánones retenidos; si no prospera se ordenará su entrega al demandante.*

5. *Los depósitos de los cánones causados durante el proceso se entregarán al demandante a medida que se presenten los títulos, a menos que el demandado al contestar la demanda le haya desconocido el carácter de arrendador, caso en el cual se retendrán hasta que en la sentencia se disponga lo procedente.*

6. *Cuando no prospere la excepción de pago o la del desconocimiento del carácter de arrendador, se condenará al demandado a pagar al demandante una suma igual al treinta por ciento de la cantidad **depositada** o debida.*

III. LA DEMANDA.

El ciudadano Alejandro Alberto Delgado Flórez, solicita la declaración de inexecutable de los numerales 4, 5 y 6 (p) del parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que ellos violan los artículos 2, 4, 5, 13, 29, 228, y 229 de la Constitución.

Aduce el demandante, que los apartes normativos acusados vulneran el derecho al debido proceso al hacer nugatoria la efectividad de los derechos del demandado reconocidos en la ley sustancial, con condiciones y trabas, que impiden participar y ser oído en el proceso en relación con las decisiones que lo afectan, violándosele además su derecho a la defensa, porque le está vedado presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, cercenándole su derecho a ser oído y vencido en juicio cuando la sentencia le es desfavorable. Además, obstaculizan y entorpecen el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, ya que no debe existir ningún condicionamiento para acudir a un órgano jurisdiccional y obtener una definición acerca de lo que se pretenda o para poder oponerse a las pretensiones de la contraparte, y adicionalmente atentan

contra los principios derechos y deberes consagrados en la Constitución y el derecho a la igualdad.

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.

La doctora Mónica Fonseca Jaramillo, actuando en calidad de apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitó declarar la constitucionalidad de las normas acusadas, resumiéndose así los apartes más importantes de su intervención:

Cuando el legislador impone en las disposiciones acusadas el cumplimiento de ciertos requisitos a las partes para ser oídas en el proceso, responde a la observancia de principios generales en materia probatoria que buscan distribuir de manera equitativa la carga de la prueba; tales exigencias, por consiguiente, no pueden interpretarse, en modo alguno, como desconocimiento de las garantías procesales. Por el contrario, tienen por objeto dar celeridad y eficacia al proceso.

Por otra parte, como los numerales 2 y 3 del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil ya fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, y los numerales 4, 5 y 6 del mismo artículo constituyen un desarrollo de los primeros, resulta claro que éstos no pueden entenderse sin los primeros, que son los que verdaderamente consagran la carga procesal para el demandado, consistente en la prueba del pago de los arrendamientos alegados como adeudados o el depósito de los mismos, y en la obligación de consignar oportunamente los cánones que se causen durante el curso del proceso. En tal virtud, producida la exequibilidad de los numerales 2 y 3 citados, necesariamente debe concluirse en la constitucionalidad de los restantes.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

En la oportunidad legal, el señor Procurador General de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación declarar exequibles las normas demandadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

La decisión del legislador de condicionar el ejercicio de los derechos del demandante y el demandado al cumplimiento de ciertas exigencias o cargas procesales, no atenta contra las previsiones de la Constitución, toda vez que el legislador puede establecer, bajo criterios de equidad, requisitos procesales que regulen la manera como las partes deben actuar en el proceso.

Tales exigencias no implican prevalencia de lo procesal sobre lo sustancial, puesto que es razonable que al existir un litigio sobre la obligación a cargo del demandado y la calidad de arrendador, se establezcan pautas para determinar a quien, en derecho, le asiste la razón.

Al confrontar la disposición del numeral 6 demandado, con la Carta Política, no se encuentra contradicción alguna. Por el contrario, el Congreso al definir las formas propias de cada proceso y señalar los respectivos trámites, puede imponer cargas razonables a las partes.

De llegar a comprobar el juez que el arrendatario no canceló los cánones adeudados y que el demandante es arrendador, la parte vencida será condenada a pagar la sanción prevista en la referida norma. De esta manera se busca impedir que las partes abusen de sus derechos, evitando, al mismo tiempo, dilaciones innecesarias del proceso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Pronunciamientos anteriores de la Corte en relación con la consignación de los cánones de arrendamiento en los procesos de restitución de inmueble arrendado.

1.1. En la sentencia C-070/93¹⁰⁵ la Corte declaró exequible el numeral 2 del párrafo 2° del art. 424 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que esta norma se encontraba ajustada a la Constitución, por ser razonable y proporcionada la carga procesal impuesta al demandado de consignar los cánones adeudados o de presentar prueba de su pago. Al respecto expresó la Corte:

"La exigencia impuesta por el legislador al arrendatario demandado responde a las reglas generales que regulan la

¹⁰⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

distribución de la carga de la prueba, se muestra razonable con respecto a los fines buscados por el legislador y no es contraria a las garantías judiciales del debido proceso consagradas en la Constitución y los tratados internacionales que guían la interpretación de los derechos fundamentales".

"La causal de terminación del contrato de arrendamiento por falta de pago de los cánones de arrendamiento, cuando ésta es invocada por el demandante para exigir la restitución del inmueble, coloca al arrendador ante la imposibilidad de demostrar un hecho indefinido: el no pago. No es lógico aplicar a este evento el principio general del derecho probatorio según el cual "incumbe al actor probar los hechos en los que basa su pretensión". Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos".

"El desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado cuando la causal es la falta de pago del canon de arrendamiento es razonable atendida la finalidad buscada por el legislador. En efecto, la norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre y la razón práctica. Según la costumbre más extendida, el arrendatario al realizar el pago del canon de arrendamiento exige del arrendador el recibo correspondiente. Esto responde a la necesidad práctica de contar con pruebas que le permitan demostrar en caso de duda o conflicto el cumplimiento de sus obligaciones".

"La decisión del legislador extraordinario de condicionar el ejercicio de los derechos del demandado - ser oído en el proceso, presentar y controvertir las pruebas que se

alleguen en su contra - a la presentación de documentos que certifiquen el pago, no es contraria al contenido y alcance del derecho fundamental al debido proceso".

"Una interpretación semántica como la adoptada por el accionante de inconstitucionalidad plantea el cuestionamiento de si el legislador está facultado para exigir, además de los constitucionales, otros requisitos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales, cuya interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. La aparente contradicción entre la norma acusada y los artículos 29 y 93 de la Constitución, los cuales no condicionan de ninguna manera el derecho al debido proceso, se resuelve, no obstante, a favor de la norma acusada, por estar plenamente justificada la determinación de imponer ciertas cargas probatorias al demandado, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto".

"Para esta Corte es de meridiana claridad que la exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. Este podrá ser oído y actuar eficazmente en el proceso, en el momento que cumpla con los requisitos legales, objetivos y razonables, que permiten conciliar los derechos subjetivos de las partes con la finalidad última del derecho procesal: permitir la resolución oportuna, en condiciones de igualdad, de los conflictos que se presentan en la sociedad. Le asiste en este sentido razón al señor Procurador General de la Nación cuando sostiene que el demandado será oído en cualquier etapa del proceso si consigna los cánones adeudados".

1.2. En la sentencia C-056/96¹⁰⁶, la Corte declaró exequible el numeral 3 del párrafo 2° del art. 424 del Código de Procedimiento Civil, reiterando la constitucionalidad de la referida carga procesal, pero además agregó:

¹⁰⁶ M.P. Jorge Arango Mejía

"Pues bien: si se analiza el numeral 3, que establece la obligación de seguir pagando los cánones que se causen durante el trámite del proceso, so pena de no ser oído, se ve fácilmente cómo existe una relación lógica entre las dos normas. No tendría sentido exigir la consignación de los cánones adeudados, según la demanda, o, en su defecto, la prueba del pago de los correspondientes a los tres últimos períodos, y permitir que luego el arrendador demandado dejara de pagar mientras el proceso se tramitara. La presentación de la demanda no tiene por qué modificar las obligaciones que el contrato de arrendamiento crea para las partes: el arrendador sigue obligado a "conceder el goce de una cosa" y a cumplir concretamente las obligaciones a que se refiere el artículo 1982 del Código Civil, y todo lo que de ellas se deriva; y el arrendatario, "a pagar por este goce".

"En la sentencia se decidirá si las causales de la demanda eran fundadas, o no. Pero lo que no parece aceptable es determinar que el arrendatario demandado pueda suspender el cumplimiento de sus obligaciones mientras se opone a las pretensiones de la demanda, como si ésta tuviera un efecto liberatorio no previsto en la ley ni en el contrato".

"Es la propia Constitución la que sirve de fundamento a esta obligación del arrendatario. ¿Por qué? Por lo siguiente.

La obligación de pagar la renta del arrendamiento nace del contrato. El artículo 1602 del Código Civil establece: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Las obligaciones nacidas del contrato, en consecuencia, están amparadas por la ley, una ley "particular", cuyo ámbito está limitado a las partes, pero ley al fin y al cabo: el propio contrato. Y según la Constitución, "**se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...**" Es claro, pues, que mientras se tramita el proceso de lanzamiento los contratantes conservan sus derechos. El conflicto entre ellos se definirá en la sentencia, no antes. Salvo, naturalmente, los casos en que el proceso termina anormalmente, por transacción o desistimiento, por ejemplo".

"En conclusión: la norma acusada se ajusta a la Constitución, como se ha explicado, y se funda en razones

análogas a las que sirven de sustento al numeral 2, ya declarado exequible".

2. Alcance del pronunciamiento de la Corte.

Con arreglo a las consideraciones precedentes la Corte se pronunciará en relación con los cargos formulados contra los numerales 4 y 5 del párrafo 2° del art. 424 en referencia y, además, sobre la totalidad del numeral 6 del mismo párrafo, dado que éste conforma una unidad normativa inescindible.

3. El problema jurídico planteado.

3.1. La demanda que ahora nos ocupa alude: a la carga procesal que se impone al demandado arrendatario de depositar el precio de los arrendamientos que se causen en el decurso del proceso, so pena de no ser oído; a las condiciones bajo las cuales puedan entregarse las sumas depositadas al demandante, o retenerse, y a las condenas que son procedentes cuando no prosperen las excepciones de pago o del desconocimiento del carácter de arrendador.

3.2. Le corresponde a la Corte determinar, en respuesta a los cargos de la demanda, si las referidas normas desconocen los preceptos constitucionales invocados en la demanda, en especial los que consagran el debido proceso y el acceso a la justicia.

4. La solución del problema jurídico planteado.

4.1. Del examen atento de la demanda surge que el demandante concretamente sustentó el concepto de la violación en relación con los numerales del párrafo 2° del art. 424 del C .P.C. que ya habían sido objeto de pronunciamiento por la Corte, mas no en relación con los demás numerales objeto de este proveído.

Con un criterio estricto, bastaría lo indicado para que la Corte se declarara inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que ahora ocupan su atención.

Empero, ocurre que todo el párrafo 2° del mencionado artículo no es cosa distinta que la regulación del mecanismo o procedimiento a seguir para la tramitación del proceso de restitución de inmueble arrendado. En efecto, en los numerales

2 y 3 se estatuye la obligación para la parte demandada de cumplir con las consignaciones de los arrendamientos, o mejor aún, con los pagos por consignación, o la prueba de su pago, dentro del mismo proceso, para que pueda ser oída; en los dos siguientes, se preceptúa el modo como se manejan los dineros hasta su entrega final y según las eventualidades propias del proceso, y en el numeral 6 se establece una sanción pecuniaria, equivalente a un porcentaje de la suma depositada o debida hasta la finalización del proceso, cuando las excepciones propuestas por el demandado, relativas al pago de la obligación o a la negación del carácter del arrendador demandante resultan infundadas.

De lo anterior surge que es evidente la unidad de materia entre las regulaciones contenidas en los segmentos normativos que fueron materia de pronunciamientos anteriores por esta Corte en las referidas sentencias y las normas sometidas ahora al examen de constitucionalidad. Por lo tanto, la omisión detectada es irrelevante, porque los cargos de inconstitucionalidad que se hacen en relación con los numerales 2 y 3 del párrafo 2° del art. 424, igualmente pueden predicarse con respecto a los siguientes numerales demandados. En tal virtud, la Corte analizará si estas normas violan la Constitución.

4.2. Aun cuando los criterios expuestos por la Corte en las sentencias antes relacionadas serían suficientes para sustentar la exequibilidad de los numerales 4, 5 y 6 del párrafo 2° del art. 424, dada la unidad de materia a la cual se hizo alusión antes, la Sala considera necesario hacer consideraciones adicionales, teniendo en cuenta las siguientes hipótesis que se infieren del articulado acusado:

a) Depositados por el arrendatario a órdenes del juzgado, los valores correspondientes a los cánones alegados y para efectos de contestación de la demanda, si nada objeta el demandado, o mejor aún, no se opone a que sean entregados al arrendador, el juzgado procederá, de inmediato, a ordenar su pago al demandante arrendador.

b) Se retienen los valores, hasta la terminación del proceso, cuando el demandado arguye no deberlos y si demuestra que efectivamente no los debía, prospera la excepción de pago y, en tal virtud, se ordena en la sentencia que le sean devueltos. Idéntica solución se da cuando prospera la

excepción del demandado en el sentido de negarle al demandante el carácter de arrendador.

c) De resultar probado que efectivamente se debían los cánones referidos, y habiéndose desestimado, por consiguiente, las mencionadas excepciones, se ordenará su entrega.

- Frente al artículo 2 de la Constitución no se aprecia cómo las normas acusadas puedan desconocerlo, pues ellas se refieren al establecimiento de normas procesales que señalen cual debe ser el destino de las sumas que periódicamente se consignen en un proceso, por razón de incidencias del mismo. Con tal previsión y con la de las eventuales alternativas que la norma contempla, para señalar el destino final de tales sumas, no se vulneran los fines esenciales del Estado y menos aún se dejan de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y tampoco se coloca en situación de riesgo la vigencia de un orden justo. Por el contrario, con el establecimiento del referido procedimiento, encaminado a asegurar el destino final de esos dineros para entregarlos a quien de acuerdo con la ley tiene el derecho a percibirlos, precisamente se garantiza y materializa el reconocimiento del derecho sustancial, y la vigencia y efectividad de los aludidos principios.

- En cuanto a la alegada violación del principio de igualdad, se estima que el mero hecho de establecer la ley requisitos para el ejercicio de los derechos procesales que corresponden a las partes, en manera alguna puede tomarse como factor de discriminación, dado el carácter general y abstracto que tiene ese tipo de reglas de procedimiento, aparte de que la situación jurídica material y procesal de los demandantes y demandados en un proceso de restitución de inmueble arrendado es diferente. Por ello, el legislador dentro de la libertad política de que dispone para diseñar las normas procesales ha regulado en forma equitativa, racional y proporcional la materia a que aluden las normas demandadas.

- No riñe con norma constitucional alguna la previsión de carácter legal que regula el destino o la suerte que hayan de correr tales dineros, por no ser una norma irracional o desproporcionada o que conduzca a afectar el equilibrio procesal; antes por el contrario, lo promueve y materializa. Lejos de implicar el quebrantamiento del debido proceso lo reafirma y asegura su vigencia.

- La norma contenida en el numeral 6 sanciona un tipo de actuación que se considera temeraria o de mala fe. Ella guarda congruencia con el art. 83 de la Constitución, pues si éste reconoce el principio de la buena fe, igualmente habilita al legislador para imponer sanciones contra las actuaciones que vulneren dicho principio. Por lo demás, no se aprecia que la norma en cuestión viole ninguna garantía alusiva al debido proceso, porque la sanción se impone con observancia de las reglas procesales establecidas en el proceso para la restitución de inmueble arrendado. Y la cuantía de la pena, no se juzga desproporcionada para sancionar la temeridad o la mala fe.

En conclusión, las normas acusadas antes que violar la Constitución se conforman con sus mandatos, porque contienen reglas procesales que aseguran el debido proceso, el adecuado acceso a la justicia, la buena fe en las actuaciones procesales y la celeridad y eficacia de los procesos.

Son suficientes las anteriores consideraciones para dejar establecido que las normas acusadas se hallan ajustadas a la Constitución, y por ende se declarará su exequibilidad.

VII. DECISION.

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los numerales 4, 5 y 6 del parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

VLADIMIRO NARANJO MESA
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-056/98

Referencia: Expediente D-1756

Con el debido respeto ratifico los criterios que, en su momento, me permití exponer junto con los H. magistrados CIRO ANGARITA BARON, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y CARLOS GAVIRIA DÍAZ acerca de la inconstitucionalidad -que a nuestro juicio era evidente- del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto consagra que la defensa del arrendatario en el proceso que allí se regula depende de una consignación de sumas de dinero (Cfr. sentencias C-070 de 1993 y C-056 de 1996).

Como la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones básicas de la norma, es lógica la decisión, también de exequibilidad, que ahora se adopta.

Pero, como el suscrito Magistrado no compartió las aludidas decisiones, debe decir que las normas accesorias son también, en su criterio, inconstitucionales.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

Fecha, ut supra.

Salvamento de voto a la Sentencia C-056/98

**DEBIDO PROCESO-Violación/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-
Falta de pago/RESTITUCION DE INMUEBLE/PREVALENCIA DEL
DERECHO SUSTANCIAL (Salvamento de voto)**

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa. Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia. Menos aún si se tiene en cuenta que, al tenor del artículo 228 de la Constitución, en todas las actuaciones ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial.

Referencia : Demanda de
inconstitucionalidad contra el
artículo 424, parágrafo 2° del
Código de Procedimiento Civil.

Con mi acostumbrado respeto, me veo obligado a apartarme de la presente sentencia, en virtud de la cual la Corporación declaró exequibles los numerales 4°, 5° y 6° del parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil ya que considero que esas disposiciones son inconstitucionales. Según mi criterio, esos ordinales forman una unidad de sentido normativo con el numeral 2° de ese mismo parágrafo, según el cual, "si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda,

tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél.". En la sentencia C-070 de 1993, suscribí con los magistrados Ciro Angarita Barón y José Gregorio Hernández Galindo un salvamento en donde explicamos las razones por las cuáles es claro que esa regulación viola la Carta, pues desconoce el derecho de defensa y el debido proceso, y además afecta a la parte más débil en estos contratos, que es el arrendatario. En ese salvamento se señaló con claridad:

"Estimamos que dicho mandato legal, perteneciente al Código de Procedimiento Civil, era contrario a la Carta de 1886, bajo cuyo amparo fue expedido, y con mayor razón, dado el especial celo mostrado por el Constituyente de 1991 en garantizar la efectividad de los derechos y el respeto a la dignidad de la persona, lesiona de manera grave la preceptiva fundamental vigente.

1. Se trata de una regla procesal que desconoce sin rodeos nada menos que la garantía constitucional de la defensa que es parte insustituible e imprescindible del debido proceso, como ya lo ha expresado en otras ocasiones la Corte Constitucional con argumentos de justicia que ahora han sido desoídos por la mayoría, haciendo prevalecer el criterio de "verdad aparente", propio de un procesalismo ciego, sobre el que impone la búsqueda de la verdad real dentro de un concepto comprometido con la realización del derecho sustancial.

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

2. La disposición acusada establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es

decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa.

Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia. Menos aún si se tiene en cuenta que, al tenor del artículo 228 de la Constitución, en todas las actuaciones ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. Recuérdese que estamos ante un derecho fundamental no susceptible de ser suspendido ni siquiera durante los estados de excepción y que, por tanto, no puede estar excluido de manera definitiva en una determinada categoría de proceso.

3. La disposición en comento supedita la aplicación del debido proceso y la oportunidad de defensa del demandado a la demostración de algo que constituye precisamente el objeto del litigio y sobre lo cual debía versar el debate de fondo entre las partes en igualdad de condiciones; el pago de los cánones de arrendamiento discutidos.

Ello resulta incomprensible en cuanto hace inútil el proceso. No pudiendo el arrendatario demostrar el pago "ab initio", queda desde ya condenado, porque el sistema jurídico, contra lo expresamente ordenado por la Constitución y por fuera de todo criterio de justicia, le niega la posibilidad de argumentar en su defensa.

Obsérvese, por ejemplo, que únicamente es admitida por esta norma la prueba documental escrita sobre el hecho del pago, de tal manera que el legislador -desconociendo la existencia de una práctica que encaja dentro de los presupuestos constitucionales de la buena fe y que debería ser estimulada en vez de censurada- excluye toda posibilidad de que el inquilino hubiese pagado el arriendo sin exigir recibo, lo cual implicaría que el fondo del litigio -el oportuno y efectivo pago- tuviera que depender -para los fines de la justicia real- de otros medios de prueba como los testimoniales. Eso, que el demandado podría válidamente alegar para desvirtuar las afirmaciones del actor sobre la mora en el pago, jamás podrá llegar a conocimiento del juez dentro de un esquema como el de la norma examinada, ni podrá ser objeto de debate probatorio ni tenido en cuenta en el momento del fallo..., todo por

razón de la innecesaria consagración de un precepto que hace posible la condena sin juicio previo por la carencia del específico y único medio probatorio aceptado.

4. De otra parte, hechizados como estuvieron los autores de la norma por los conceptos de un derecho probatorio tradicional, formalista y sordo a los dictados de la justicia material, la decisión de mayoría olvida que en el caso concreto la carga de la prueba era apenas la punta del iceberg de las relaciones arrendador-arrendatario en el contexto de la actual sociedad colombiana. Lo cual hacía imperativo e inevitable un análisis cuidadoso de ellas a efecto de no profundizar más -si cabe- la desigualdad en perjuicio del inquilino.

Leyes generales de los contratos que se han expedido en diversos países han tenido siempre buen cuidado en consagrar correctivos eficaces en beneficio de la parte más débil de la relación contractual.

La doctrina observa, por su parte, que, como instrumento fundamental para la satisfacción de diversas necesidades de la persona, el contrato no puede ignorar los intereses sociales para convertirse en el reino del egoísmo y del puro interés individual.

En el nivel concreto de la actividad judicial esto implica que, como lo ha señalado recientemente un serio y estudioso tratadista de la materia,

"(...) la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces quienes interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta, para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada que se traduzca en inferioridad de la parte débil de la relación contractual, la cual representa en su interés, el bien común cobijado con la garantía constitucional". (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto: Contratos Mercantiles, Tomo II 2a. edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1992, pp. 105-106).

No obstante, en forma por demás sorprendente y contradictoria, la sentencia de la cual disentimos parece tomar partido en defensa de los intereses exclusivos de los rentistas.

Es sorprendente, en verdad, que haya imperado este criterio, puesto que al aplicarlo se ignora que en el panorama actual de nuestra realidad económica y social son precisamente los arrendatarios quienes no gozan de las ventajas que confiere la propiedad, con todo lo que ello significa en un mercado caracterizado por la creciente demanda de alojamiento y un número de soluciones cada vez más limitado.

La decisión es contradictoria en cuanto, apenas pocos días antes, la misma Sala Plena de la Corporación, consciente de las exigencias de un Estado Social de Derecho en lo que respecta a la protección de los débiles no como acto caritativo, sino como verdadera obligación jurídico-constitucional, declaró inexecutable el artículo 26 del Decreto 1746 de 1991 (Sentencia No. C-599 del 10 de diciembre de 1992. Ponente Dr. Fabio Morón Díaz). Dicha disposición establecía que para ejercitar las acciones ante la jurisdicción Contencioso Administrativa debía acompañarse a la demanda el recibo de pago de la multa correspondiente.

Como se recordará, esa norma fue encontrada inconstitucional, entre otras razones, por la siguiente: "Ahora bien, la Constitución Política de 1991 establece como un derecho fundamental la posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho; resulta así contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial" (Ver texto de la sentencia aludida).

No encontramos ningún argumento válido para establecer distinción entre los dos casos, pues en uno y otro se afecta claramente la dignidad de la persona y se supeditan sus derechos fundamentales al pago de una suma de dinero, lo cual es inconstitucional."

Considero que los criterios adelantados en ese salvamento de voto siguen siendo plenamente válidos y son enteramente aplicables a las normas estudiadas en el presente caso, por lo cual éstas debieron ser retiradas del ordenamiento.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-056/98

**DEBIDO PROCESO-Violación/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-
Falta de pago/RESTITUCION DE INMUEBLE/PREVALENCIA DEL
DERECHO SUSTANCIAL (Aclaración de voto)**

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. La disposición acusada establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa. Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia."

Referencia: Expediente D-1756

Demanda de inconstitucionalidad
contra el parágrafo 2o. parcial del
artículo 424 del Código de
Procedimiento Civil

Demandante: Alejandro Alberto
Delgado Flórez

Magistrado Ponente:
Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Aunque respeto y acato la jurisprudencia de esta Corporación adoptada por la mayoría, he decidido aclarar el voto pues no comparto la decisión adoptada respecto de las normas acusadas, ya que la obligación que allí se impone al arrendatario demandado de depositar el precio de los arrendamientos que se

causen en el decurso del proceso, so pena de no ser oído en éste, es abiertamente inconstitucional, por las mismas razones que expuse en el salvamento de voto a la sentencia C-056/96, a las cuales me remito.

En efecto, considero que dicha exigencia viola en forma flagrante el artículo 29 de la Constitución al negarle al demandado la posibilidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, al igual que el 229 del mismo ordenamiento que consagra el derecho de acceder a la justicia.

A continuación me permito transcribir algunos apartes del salvamento de voto a que he hecho alusión, que resultan aplicables en su integridad al caso que en esta oportunidad se decide.

:"A nadie se oculta que tanto el arrendador como el arrendatario están sujetos a las cláusulas contractuales y que, por tanto, el inquilino debe seguir pagando puntualmente los cánones de arrendamiento, aun los que se causen dentro del proceso, pero de la situación de incumplimiento no se puede derivar para el deudor una consecuencia procesal, a todas luces exagerada y odiosa, consistente en la imposibilidad de ser oído en el juicio que se le sigue, pues resulta claro que de esa forzosa falta de audiencia habrá de seguirse casi con seguridad la pérdida de un litigio adelantado de espaldas al interesado.

Al contrario de lo dispuesto por la norma legal, el artículo 29 de la Carta señala de manera imperativa que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, que se presume la inocencia de toda persona mientras no se la haya declarado judicialmente culpable y que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra."

(...)

"Se trata de una regla procesal que desconoce sin rodeos nada menos que la garantía constitucional de la defensa que es parte insustituible e imprescindible del debido proceso, como ya lo ha expresado en otras ocasiones la Corte Constitucional con argumentos de justicia que ahora han sido desoídos por la mayoría, haciendo prevalecer el criterio de 'verdad aparente', propio de un procesalismo ciego, sobre el que impone la búsqueda de la verdad real dentro de un concepto comprometido con la realización del derecho sustancial.

"El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa.

Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia."

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

Sentencia No. C-056/96

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Falta de pago/RESTITUCION DE INMUEBLE/CARGA DE LA PRUEBA

El arrendatario demandado en un proceso de restitución del inmueble con base en la causal de no pago no es oído en sus descargos hasta tanto no presente prueba del pago de los cánones correspondientes a los últimos tres períodos. La exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. El establecer condiciones o requisitos para el ejercicio de facultades dentro del proceso, es decir, cargas procesales, no implica negar a las partes el acceso a la administración de justicia.

Ref.: Expediente D-1020.

Demanda de inconstitucionalidad del numeral 3, párrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1o.,

numeral 227, del decreto 2282 de 1989.

Actores: Dora Lucy Arias Giraldo y Jaime Jurado Alvarán.

Magistrado Ponente:
Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada, según consta en acta número diez de la Sala Plena, en Santafé de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Dora Lucy Arias Giraldo y Jaime Jurado Alvarán demandaron ante esta Corporación, los numerales 2 y 3, del parágrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 227, del decreto 2282 de 1989.

Por auto de fecha primero de agosto del presente año, este despacho rechazó la demanda respecto del numeral 2, parágrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, por configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, de conformidad con la sentencia número C-070 de 25 de febrero de 1993, proferida por esta Corporación, que declaró exequible dicho numeral. En relación con el numeral 3, parágrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, la demanda fue admitida por cumplir los requisitos legales. En consecuencia, se dispuso la fijación en lista del asunto para la intervención ciudadana, correr traslado al señor Procurador General de la Nación para el concepto de rigor, y comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso.

Se presentaron oportunamente la intervención de la ciudadana designada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y el concepto del señor Procurador General de la Nación.

Cumplidos los trámites señalados en el decreto 2067 de 1991, entra esta Corte a dictar sentencia.

A. Norma demandada.

El siguiente es el texto de las norma, con la advertencia de que se subraya lo demandado:

*"DECRETO NUMERO 2282 DE 1989
(octubre 7)*

*Por el cual se introducen algunas modificaciones al
Código de Procedimiento Civil.*

*El Presidente de la República de Colombia,
en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley
30 de 1987, y oída la Comisión Asesora por ella
establecida,*

DECRETA:

*ART. 1°- Introdúcense las siguientes reformas al
Código de Procedimiento Civil:*

...

"227. El artículo 424, quedará así:

*Restitución del inmueble arrendado. Cuando se trate de
demanda para que el arrendatario restituya al
arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las
siguientes reglas:*

...

*"Parágrafo 2°- Contestación, derecho de retención y
consignación.*

...

*"2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el
demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto
demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el
valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con
la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto
de lo anterior, cuando presente los recibos de pago
expedidos por el arrendador correspondientes a los tres
últimos periodos, o si fuere el caso los
correspondientes de las consignaciones efectuadas de
acuerdo con la ley y por los mismos periodos, en favor*

de aquél.(Declarado exequible en sentencia número C-070 de 25 de febrero de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"3. Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciera dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo."

B. La demanda.

Para los actores, tener que demostrar no estar atrasado en el pago de los cánones de arrendamiento, condiciona el reconocimiento como parte y la posibilidad de ser oído, vulnerando el derecho de contradicción y desconociendo los derechos procesales del arrendatario. Además, el permitir que a través de normas adjetivas se pasen por alto derechos sustanciales, vulnera la prevalencia constitucional de éstos.

Agregan que la norma demandada deja en desventaja a los sectores sociales que carecen de vivienda, alejándolos de la posibilidad de adquirirla, por su precaria condición económica, y desconociendo el carácter social del Estado de derecho colombiano. Asimismo, la norma acusada atenta contra la existencia de un orden justo y vulnera principios y derechos constitucionales como la igualdad, petición, debido proceso, doble instancia y acceso a la justicia. En conclusión, señalan como violados los artículos 1o., 2o., 13, 23, 29, 31, 51, 228, 229 y 230 de la Constitución Política.

II. INTERVENCIONES.

1.- La ciudadana Gloria Stella Ortiz Delgado, designada por el Ministro de Justicia y del Derecho, solicitó la declaración de exequibilidad de la norma acusada, dado que por esencia el proceso de restitución cuenta con las mismas

oportunidades procesales que los ordinarios para garantizar el debido proceso y acceso a la justicia. Por ello, considera la interviniente, ante la dificultad de demostrar el demandante un hecho negativo indefinido como es la ausencia de pago, el legislador dentro de su facultad decidió colocar en manos del demandado la carga de probar el pago. En consecuencia, se persigue evitar trámites innecesarios y proteger los derechos de quien se encuentra probatoriamente en condiciones de inferioridad. Sería injusto que, por el hecho de iniciarse un trámite judicial, se suspendiera la obligación del deudor de pagar los cánones y que el Estado avalara el incumplimiento de obligaciones legítimamente contraídas.

Ahora, buscar que un particular esté obligado a salvaguardar el derecho de vivienda de otra persona, por encima de un derecho legalmente adquirido como la propiedad privada, resulta equivocado. Tampoco, encuentra que se presente vulneración del derecho a acceder a la administración de justicia, porque no puede considerarse dicha prerrogativa en forma absoluta, puesto que su aplicación depende de una regulación legal para su eficaz ejercicio.

2.- El Procurador General de la Nación solicitó declarar exequible la norma demandada, porque el legislador alude a una carga procesal del arrendatario, determinada en la cancelación de los cánones para ser oído durante el curso del proceso. En su concepto, la norma demandada determina la subsistencia del contrato sobre el inmueble que el arrendatario todavía detenta, por cuanto al continuar beneficiándose con el uso y goce del mismo, es claro que debe cumplir con las obligaciones a su cargo, constituyéndose en una garantía de que el arrendatario no demorará el trámite del asunto con el fin de usar el inmueble sin el pago oportuno de los cánones. Lo contrario, considera, generaría una situación gravosa e injusta.

Enfatiza el Procurador que la expresión "*oportunamente*" consignada en la norma acusada, se traduce en el acuerdo contractual, y por estar vigente el contrato de arrendamiento, debe sujetarse a él.

Agrega que los ingresos de los numerosos arrendadores dependen únicamente del canon que perciban por el

arrendamiento de su propiedad. Suponer que el Estado tiene la obligación específica frente a los ciudadanos de garantizarles el acceso a una vivienda digna, despojando de ésta a quien la da en arriendo, es contrario a la naturaleza del derecho de propiedad, el cual goza de protección constitucional.

Finaliza señalando que la norma acusada busca dar aplicación a los principios de celeridad y eficacia. No supone restricción alguna para acceder a la administración de justicia.

III. CONSIDERACIONES.

Procede la Corte Constitucional a dictar la decisión que corresponde a este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse demandado normas que hacen parte de un decreto con fuerza de ley, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el Congreso (numeral 5, del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Cosa juzgada constitucional.

Como se dijo en el auto admisorio de la demanda, también fue demandado el numeral 2, del parágrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. Pero como ya éste había sido declarado exequible por medio de la sentencia C-070 de febrero 25 de 1993, dictada por la Corte Constitucional, en relación con el se rechazó la demanda. Notificado el auto, quedó en firme.

Por esta razón, en esta sentencia no se resolverá sobre el citado numeral 2. Pero los argumentos que sirvieron de sustento a la declaración de exequibilidad sí se tendrán en cuenta, dada la ostensible relación entre lo declarado exequible y lo que en esta oportunidad se juzgará.

Tercera.- Razón de ser de la obligación de seguir pagando los cánones que se causen durante el proceso.

El numeral 2, del párrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley por los mismos períodos, en favor de aquél."

Este numeral, como se ha dicho, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, por sentencia C-070 de febrero 25 de 1993. En esa oportunidad, la Corte, para justificar la exigencia de la demostración del pago de los cánones causados hasta el momento de la presentación de la demanda, dijo:

"En el caso sub-iudice, el actor acusa de inconstitucional la norma por la cual el arrendatario demandado en un proceso de restitución del inmueble con base en la causal de no pago no es oído en sus descargos hasta tanto no presente prueba del pago de los cánones correspondientes a los últimos tres períodos."

La exigencia impuesta por el legislador al arrendatario demandado responde a las reglas generales que regulan la distribución de la carga de la prueba, se muestra razonable con respecto a los fines buscados por el legislador y no es contraria a las garantías judiciales del debido proceso consagradas en la Constitución y los

tratados internacionales que guían la interpretación de los derechos fundamentales.

La causal de terminación del contrato de arrendamiento por falta de pago de los cánones de arrendamiento, cuando ésta es invocada por el demandante para exigir la restitución del inmueble, coloca al arrendador ante la imposibilidad de demostrar un hecho indefinido: el no pago. No es lógico aplicar a este evento el principio general del derecho probatorio según el cual "incumbe al actor probar los hechos en los que basa su pretensión". Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos.

El desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado cuando la causal es la falta de pago del canon de arrendamiento es razonable atendida la finalidad buscada por el legislador. En efecto, la norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre y la razón práctica. Según la costumbre más extendida, el arrendatario al realizar el pago del canon de arrendamiento exige del arrendador el recibo correspondiente. Esto responde a la necesidad práctica de contar con pruebas que le permitan demostrar en caso de duda o conflicto el cumplimiento de sus obligaciones.

La decisión del legislador extraordinario de condicionar el ejercicio de los derechos del demandado - ser oído en el proceso, presentar y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra - a la presentación de documentos que certifiquen el pago, no

es contraria al contenido y alcance del derecho fundamental al debido proceso.

Una interpretación semántica como la adoptada por el accionante de inconstitucionalidad plantea el cuestionamiento de si el legislador está facultado para exigir, además de los constitucionales, otros requisitos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales, cuya interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. La aparente contradicción entre la norma acusada y los artículos 29 y 93 de la Constitución, los cuales no condicionan de ninguna manera el derecho al debido proceso, se resuelve, no obstante, a favor de la norma acusada, por estar plenamente justificada la determinación de imponer ciertas cargas probatorias al demandado, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto.

Para esta Corte es de meridiana claridad que la exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. Este podrá ser oído y actuar eficazmente en el proceso, en el momento que cumpla con los requisitos legales, objetivos y razonables, que permiten conciliar los derechos subjetivos de las partes con la finalidad última del derecho procesal: permitir la resolución oportuna, en condiciones de igualdad, de los conflictos que se presentan en la sociedad. Le asiste en este sentido razón al señor Procurador General de la Nación cuando sostiene que el demandado será oído en cualquier etapa del proceso si consigna los cánones adeudados.".
(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Pues bien: si se analiza el numeral 3, que establece la obligación de seguir pagando los cánones que se causen

durante el trámite del proceso, so pena de no ser oído, se ve fácilmente cómo existe una relación lógica entre las dos normas. No tendría sentido exigir la consignación de los cánones adeudados, según la demanda, o, en su defecto, la prueba del pago de los correspondientes a los tres últimos períodos, y permitir que luego el arrendador demandado dejara de pagar mientras el proceso se tramitara. La presentación de la demanda no tiene por qué modificar las obligaciones que el contrato de arrendamiento crea para las partes: el arrendador sigue obligado a "conceder el goce de una cosa" y a cumplir concretamente las obligaciones a que se refiere el artículo 1982 del Código Civil, y todo lo que de ellas se deriva; y el arrendatario, "a pagar por este goce".

En la sentencia se decidirá si las causales de la demanda eran fundadas, o no. Pero lo que no parece aceptable es determinar que el arrendatario demandado pueda suspender el cumplimiento de sus obligaciones mientras se opone a las pretensiones de la demanda, como si ésta tuviera un efecto liberatorio no previsto en la ley ni en el contrato.

Es la propia Constitución la que sirve de fundamento a esta obligación del arrendatario. ¿Por qué? Por lo siguiente.

La obligación de pagar la renta del arrendamiento nace del contrato. El artículo 1602 del Código Civil establece: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Las obligaciones nacidas del contrato, en consecuencia, están amparadas por la ley, una ley "particular", cuyo ámbito está limitado a las partes, pero ley al fin y al cabo: el propio contrato. Y según la Constitución, "se garantizan la propiedad privada y **los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...**" Es claro, pues, que mientras se tramita el proceso de lanzamiento los contratantes conservan sus derechos. El conflicto entre ellos se definirá en la sentencia, no antes. Salvo, naturalmente, los casos en que el proceso termina anormalmente, por transacción o desistimiento, por ejemplo.

En conclusión: la norma acusada se ajusta a la Constitución, como se ha explicado, y se funda en razones

análogas a las que sirven de sustento al numeral 2, ya declarado exequible.

Cuarta.- Por qué no se quebrantan las normas de la Constitución señaladas en la demanda.

En primer lugar, no se ve cómo el exigir a una persona la prueba de haber cumplido una obligación, atente contra su dignidad, ni sea extraña a un Estado de derecho. No hay una relación directa entre la norma acusada y el artículo primero de la Constitución, y, por lo mismo, no se vé por qué aquélla quebrante éste.

Tampoco la norma acusada es contraria a un orden justo. Por el contrario: una de las condiciones de existencia de un orden justo, consiste en que todas las personas cumplan sus obligaciones, y en que los contratos válidamente celebrados se respeten, mientras no sean invalidados por mutuo consentimiento o por causas legales, como lo expresa el artículo 1602 del Código Civil, citado. No hay, pues, violación del artículo 2o. de la Constitución.

Y no se quebranta el artículo 13, que consagra la igualdad ante la ley, no sólo porque la situación del demandante y el demandado en el proceso de lanzamiento no es la misma, sino porque la ley ha consagrado obligaciones diferentes para los dos, antes del proceso de lanzamiento y mientras se tramita éste, como se ha dicho.

En cuanto al artículo 29, relativo al debido proceso, es ostensible que no se quebranta por el solo establecimiento de cargas procesales acordes con la finalidad de los procesos, como la prevista por la norma acusada.

Tampoco se viola el artículo 31 de la Constitución, por dos razones: la primera, que según esta misma norma la ley puede establecer excepciones; la segunda, que el demandado, si cumple la carga procesal de que se trata, podrá apelar.

El artículo 23, que consagra el derecho de petición, no se opone en manera alguna a las regulaciones propias de la ley procesal. Ésta determina cómo y cuándo se ejerce el derecho de defensa en el proceso.

El artículo 51 de la Constitución no supone que el derecho a la vivienda digna del arrendatario, se ejerza con violación de los derechos del arrendador. Y lo único que consagra la disposición demandada es el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario. Cómo se cumplen las del arrendador, pues el arrendatario sólo es privado de la tenencia del inmueble en virtud de la sentencia que pone fin al proceso, cuando se decreta el lanzamiento.

Además, no hay que olvidar que es lógico y razonable que la prueba de un hecho, el pago en este caso, se exija a quien generalmente la tiene o debe tenerla en su poder.

Tampoco se quebrantan los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución. En relación con la segunda de estas normas, hay que decir que el establecer condiciones o requisitos para el ejercicio de facultades dentro del proceso, es decir, cargas procesales, no implica negar a las partes el acceso a la administración de justicia.

Sostener lo contrario implicaría desconocer que la ley procesal, aplicando principios como el de la preclusión, puede establecer términos para practicar pruebas, interponer recursos, y en suma, ejercer facultades o actividades dentro del proceso. No hay que olvidar que éste, en síntesis, es la reglamentación del derecho de defensa.

En cuanto a las otras dos normas de la Constitución, es manifiesto que carecen de relación con la norma acusada, por lo cual no es correcto sostener que ésta las viola.

Quinta.- Conclusión.

La disposición acusada no quebranta las normas de la Constitución que se indican en la demanda como violadas. Y tampoco es contraria a norma alguna de la Constitución. Así lo declarará la Corte.

IV.- DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase **EXEQUIBLE** el numeral 3, del párrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1o., numeral 227, del Decreto 2282 de 1989.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-056/96

**DEBIDO PROCESO-Violación/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-
Falta de pago/RESTITUCION DEL INMUEBLE/PREVALENCIA DEL
DERECHO SUSTANCIAL (Salvamento de voto)**

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Se establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa. Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia. Menos aún si se tiene en cuenta que, al tenor del artículo 228 de la Constitución, en todas las actuaciones ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial.

Ref.: Expediente D-1020

Santa Fe de Bogotá, quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Los suscritos magistrados nos apartamos de lo resuelto en la sentencia y de las consideraciones con base en las cuales se profiere, por cuanto estimamos que la norma acusada y hallada exequible por la Corte era inconstitucional.

En efecto, allí se dispuso por el legislador que el demandado en procesos de lanzamiento, cualquiera que fuere la causal invocada, está obligado a consignar oportunamente a órdenes del juzgado los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias y que "si no lo hiciere, dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito

respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo".

La disposición relaciona el posible incumplimiento de una de las partes en una relación contractual con la consecuencia, a nuestro juicio repudiada por el artículo 29 de la Constitución, de negarle el derecho de defensa.

A nadie se oculta que tanto el arrendador como el arrendatario están sujetos a las cláusulas contractuales y que, por tanto, el inquilino debe seguir pagando puntualmente los cánones de arrendamiento, aun los que se causen dentro del proceso, pero de la situación de incumplimiento no se puede derivar para el deudor una consecuencia procesal, a todas luces exagerada y odiosa, consistente en la imposibilidad de ser oído en el juicio que se le sigue, pues resulta claro que de esa forzosa falta de audiencia habrá de seguirse casi con seguridad la pérdida de un litigio adelantado de espaldas al interesado.

Al contrario de lo dispuesto por la norma legal, el artículo 29 de la Carta señala de manera imperativa que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, que se presume la inocencia de toda persona mientras no se la haya declarado judicialmente culpable y que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

Como resulta de reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, es un error sostener que dichas garantías estén reservadas a los procesos penales.

Pero, además, en el presente caso se muestra como incontrovertible que si de lo que se trata es de dilucidar el cumplimiento o incumplimiento del contrato, por demanda que presente en tal sentido el arrendador, se está sindicando al arrendatario de haber incumplido y, entonces, mal puede el ordenamiento jurídico negarle las posibilidades de que demuestre en los estrados judiciales que, al contrario de lo afirmado por su contraparte, ha cumplido.

La norma, sin embargo, es mucho más amplia, pues se refiere a cualquiera de las causales que pueden ser invocadas por el arrendador, y no solamente al incumplimiento, de lo cual se colige que si el problema por resolver judicialmente no es el del pago del arriendo, con mucha menor razón puede supeditarse la oportunidad de que el arrendatario sea oído dentro del proceso al pago previo de los cánones que se causen durante el mismo.

Téngase presente, por otra parte, que no se puede presumir que el demandado ha incumplido el contrato y menos todavía que lo vaya a incumplir durante el trámite del proceso pues la presunción de inocencia también es aplicable en esta clase de procesos.

Bien puede ocurrir que el punto por aclarar judicialmente sea el de la prueba del pago, porque el arrendador afirme no haberlo recibido y el arrendatario, a falta de prueba documental (recibos), aspire a demostrar al juez que ha pagado a través de otros medios probatorios, como podría ser la declaración de testigos, evento en el cual lo fundamental dentro del proceso será precisamente el ejercicio del derecho del demandado a presentar pruebas, lo que se le niega por la disposición enjuiciada, cerrándole cualquier opción de ser oído precisamente por no consignar lo que durante el proceso él buscará acreditar que ya pagó.

En lo que se refiere a esta Sentencia, los firmantes consideramos que valen las consideraciones plasmadas a propósito del fallo C-070 del 25 de febrero de 1993 por los magistrados Ciro Angarita Barón, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, cuando se declaró exequible el numeral 2° del parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 1, numeral 227, del Decreto 2282 de 1989.

Allí se dijo:

"Los suscritos magistrados discrepamos radicalmente tanto de la motivación como de la resolución adoptada por la Sala Plena de la Corte mediante el fallo en referencia por cuanto pensamos que la norma acusada y declarada exequible es, por el contrario, un singular ejemplo de violación frontal de los principios, valores y preceptos de la Constitución Política.

Estimamos que dicho mandato legal, perteneciente al Código de Procedimiento Civil, era contrario a la Carta de 1886, bajo cuyo amparo fue expedido, y con mayor razón, dado el especial celo mostrado por el Constituyente de 1991 en garantizar la efectividad de los derechos y el respeto a la dignidad de la persona, lesiona de manera grave la preceptiva fundamental vigente.

Se trata de una regla procesal que desconoce sin rodeos nada menos que la garantía constitucional de la defensa que es parte insustituible e imprescindible del debido proceso, como ya lo ha expresado en otras ocasiones la Corte Constitucional con argumentos de justicia que ahora han sido desoídos por la mayoría, haciendo prevalecer el criterio de "verdad aparente", propio de un procesalismo ciego, sobre el que impone la búsqueda de la verdad real dentro de un concepto comprometido con la realización del derecho sustancial.

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa.

Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia. Menos aún si se tiene en cuenta que, al tenor del artículo 228 de la Constitución, en todas las actuaciones ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. Recuérdese que estamos ante un derecho

fundamental no susceptible de ser suspendido ni siquiera durante los estados de excepción y que, por tanto, no puede estar excluido de manera definitiva en una determinada categoría de proceso.

Obsérvese, por ejemplo, que únicamente es admitida por esta norma la prueba documental escrita sobre el hecho del pago, de tal manera que el legislador - desconociendo la existencia de una práctica que encaja dentro de los presupuestos constitucionales de la buena fe y que debería ser estimulada en vez de censurada- excluye toda posibilidad de que el inquilino hubiese pagado el arriendo sin exigir recibo, lo cual implicaría que el fondo del litigio -el oportuno y efectivo pago- tuviera que depender -para los fines de la justicia real- de otros medios de prueba como los testimoniales. Eso, que el demandado podría válidamente alegar para desvirtuar las afirmaciones del actor sobre la mora en el pago, jamás podrá llegar a conocimiento del juez dentro de un esquema como el de la norma examinada, ni podrá ser objeto de debate probatorio ni tenido en cuenta en el momento del fallo..., todo por razón de la innecesaria consagración de un precepto que hace posible la condena sin juicio previo por la carencia del específico y único medio probatorio aceptado".

Agréguese a lo dicho que tanto la norma entonces declarada exequible como la ahora examinada vulneran francamente el artículo 229 de la Constitución, según el cual "se garantiza el derecho de toda persona (incluidos los arrendatarios) para acceder a la administración de justicia".

**CARLOS GAVIRIA DIAZ
HERNANDEZ GALINDO**

JOSE GREGORIO

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Sentencia No. C-070/93

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Falta de Pago/CARGA DE LA PRUEBA/RESTITUCION DEL INMUEBLE

La norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre y la razón práctica. La exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. La presentación de recibos de pago o de consignación como requisito para ser oído en juicio no vulnera el núcleo esencial de los derechos de acceder a la justicia y de defensa. La protección legal no puede extenderse de tal manera que haga nugatorio el legítimo derecho de obtener la restitución del inmueble ante el incumplimiento de la obligación de pagar los cánones que corresponde al arrendatario.

REF: Demanda N° D-134

Actor: Jorge Enrique Benavides López

**Demanda de inconstitucionalidad
contra el numeral 2° del parágrafo 2°
del artículo 424 del Código de
Procedimiento Civil**

**Requisito del previo pago en
restitución de inmuebles arrendados**

**Magistrado Ponente:
Eduardo Cifuentes Muñoz**

Santafé de Bogotá, D.C., Febrero 25 de 1993

Aprobado por Acta N° 16

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Simón Rodríguez Rodríguez y los Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Jaime Sanín Greiffenstein,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso ordinario de constitucionalidad del artículo 424, parágrafo 2°, numeral 2° del Código de Procedimiento Civil.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de la norma acusada es el siguiente:

**Artículo 424.- Modificado. D.E. 2282 de 1989, art.1°, num. 227.
Restitución del inmueble arrendado. Cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las siguientes reglas:**

Parágrafo 2°. Contestación, derecho de retención y consignación.

...

2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones

adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél.

II. ANTECEDENTES

1. Jorge Benavides López demanda la inconstitucionalidad del numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, con base en los siguientes argumentos:

Primero.- El accionante estima que la norma acusada vulnera el derecho al debido proceso (CP art. 29), en particular el derecho a "presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra", al tener como suficiente para decretar la terminación judicial del contrato de arrendamiento la afirmación indefinida del demandante-arrendador en el sentido de que se le adeudan unos determinados cánones, sin que sea oído el demandado, salvo que éste deposite los cánones que no se sabe si efectivamente se deben.

Segundo.- Sostiene el actor que la norma acusada tiene naturaleza procesal mientras el derecho fundamental al debido proceso es de carácter sustancial, razón por la cual el segundo prevalece sobre el primero en virtud del artículo 228 de la Carta.

Tercero.- El impugnante afirma que el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido como "Pacto de San José de Costa Rica", aprobado por la Ley 16 de 1972, establece como derecho humano la garantía judicial según la cual

"toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, o de cualquier otro carácter".

En consecuencia, en su concepto, la norma procedimental al decir que "no será oído quien no deposite unos cánones de arrendamiento que no se le ha probado deberlos el demandado - inquilino" (CPC. artículo 424 párrafo 2°, numeral 2°), vulnera un tratado o convenio internacional de derechos humanos ratificado por Colombia y que prevalece en el orden interno, con lo cual se configura una violación del artículo 93 de la Constitución.

Cuarto.- El demandante aduce que el Decreto 2303 de 1989 (sic), que reformó el artículo del Código de Procedimiento Civil, viola indirectamente la Constitución al derogar la ley aprobatoria de un

Tratado, y de esta forma modificarlo por una vía (decreto-ley) que la Constitución no permite, con desconocimiento del artículo 150 numeral 16 de la Carta.

2. El magistrado ponente, mediante auto del 18 de agosto de 1992, admitió la demanda y ordenó comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Ministerio de Justicia como lo prescriben la Constitución y la ley, correr traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia y fijar en lista la norma acusada por el término de diez (10) días para los efectos del inciso 2o. del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991.

3. El Ministerio de Justicia, por intermedio de apoderado, presentó un escrito dentro del término, defendiendo la constitucionalidad de la norma acusada.

En opinión del apoderado, la garantía del debido proceso consiste en la prohibición de aplicar un procedimiento distinto al asignado por la ley a cada caso. Prosigue el defensor:

"Una vez que se ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado mediante la demanda y que ésta ha sido admitida y el auto respectivo notificado al demandado, tanto aquel como éste están inexorablemente vinculados a las resultas de ese juicio, y es ahí cuando la relación jurídica procesal impone a las partes unas obligaciones o cargas procesales, esto es, que el Estado exige que las partes ejecuten determinados actos para que sus órganos obren, a las partes se les deja realizarlos o no en su interés y cuya insatisfacción trae consecuencias más o menos graves, como la pérdida de una oportunidad procesal, es decir que ellas corren riesgo de no obrar y ésto no implica violación al derecho de defensa, porque una de estas obligaciones es precisamente la carga de la prueba ...

" (...) pero también existen las dispensas de cargas procesales que tienen similitud con los derechos reales, porque la libertad de la parte interesada queda protegida o garantizada, esta dispensa es la institución de las presunciones legales y de derecho (artículo 176 del C.P.C.), y entre ellas están los hechos positivos o negativos indeterminados".

Señala el apoderado del Ministerio de Justicia que el artículo 424 del C.P.C. consagra dos presunciones legales: una, en favor del demandante, cuando su demanda se funda en falta de pago; la otra, que opera en favor del demandado, presume el pago de los anteriores períodos, cuando éste presente los recibos de pago correspondientes a los tres últimos períodos. Cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de febrero de 1928 relativa a la presunción del no pago, en que esta Corporación expresa que

"para acreditar la existencia de la deuda, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario no pagó los cánones a que se contrae la demanda o cobro, una vez que los hechos negativos de negación absoluta, no son susceptibles de prueba (de prueba directa). Bástele al arrendador afirmar que no se le han cubierto los arrendamientos correspondientes a determinado lapso de tiempo para que haya de presumirse verdadero tal hecho, en tanto que el arrendatario no presente la prueba del hecho afirmativo del pago (Sent., 28 de Febrero de 1928, XXXVI, 139; Sent., N.G., 21 marzo de 1956, LXXXII, 416)".

Concluye de lo anterior que, "como se puede apreciar, las cargas procesales dispuestas en este tipo de procesos no violan ningún principio fundamental de tal proceso y por ende no se viola el debido proceso".

4.- El señor Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación declarar exequible la norma acusada.

Reitera la tesis expuesta en su concepto N° 091 de octubre 7 de 1992, en el expediente D-129, contraria a la sostenida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 1° de diciembre de 1981, en lo relativo a la violación de Convenios y Tratados Internacionales. Anota en su concepto, que cuando se trate de Convenios o Tratados Internacionales que reconocen Derechos Humanos, debidamente ratificados por el Congreso, a los que hace referencia el artículo 93 de la Carta de 1991, debe la Corte Constitucional analizar la norma acusada frente al Tratado o Convenio para así proceder a su declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad, "no por violación a dicho tratado o convenio, sino por quebrantamiento del artículo 93 Superior".

Considera el Jefe del Ministerio Público que las garantías judiciales previstas en el artículo 8o. del Pacto de San José de Costa Rica, son iguales a las exigencias que informan el debido proceso amparado por el artículo 29 de la Constitución: la preexistencia de norma que defina en forma clara e inequívoca la conducta y la correspondiente sanción; un proceso ante el juez competente y con el cumplimiento de las formas propias de cada juicio; el derecho de defensa que permita al inculpado impugnar o contradecir las pruebas y providencias adversas; y la prohibición de doble sanción para el mismo hecho.

Añade el señor Procurador que la previsión del parágrafo 2°, numeral 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, es sustancialmente idéntica a la contenida en el numeral 5° del artículo 434 del anterior Código, el cual fuera declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia N° 48 del 21 de septiembre de 1981, Magistrado Ponente Doctor Carlos Medellín. Como lo sostuvo la Corte en la providencia mencionada, la exigencia de la norma acusada es un requisito para que el demandado sea oído válidamente en el proceso. El requisito exigido por la norma demandada - continúa el

concepto fiscal -, constituye la determinación de unas condiciones que la ley considera necesarias para el ejercicio del derecho del demandado y no vulneran el debido proceso tutelado por la Constitución y el artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Como fundamento de lo anterior cita un aparte de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia arriba mencionada, el cual se transcribe:

"Para los asuntos que regula el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil existe el debido proceso que dispone la Carta, precisamente dicho artículo prescribe su forma legal. En otras partes del mismo se contemplan las posibilidades de defensa para el demandado, sólo que en el numeral objeto de la acusación se le exige algo elemental como es la prueba del pago de lo que se debe con causa en el contrato de arrendamiento, como presupuesto de los descargos a los que tiene derecho, vale decir, para hacer valer sus derechos a impugnar y contradecir. Se trata simplemente de una determinación con fines probatorios hecha por la ley, de la misma naturaleza de la que exige al demandante en cuanto a la prueba del arrendamiento, también para que pueda hacer uso de su acción. Donde se ve el equilibrio al que se refiere el principio de la igualdad de las partes en el proceso: ni el arrendador puede ser atendido si no presenta tal prueba, ni el arrendatario oído si no ofrece las que le corresponden. Así lo ha dispuesto la ley, sin lesionar la Carta, antes bien, con sujeción a ella en lo que se refiere al debido proceso que prescribe su artículo 26".

Anota igualmente el señor Procurador que "la exigencia de la norma en cuestión no implica que el demandado no puede intervenir en el proceso, porque si éste, en cualquier etapa consigna los cánones adeudados será oído...".

En opinión del señor Procurador no puede aceptarse la afirmación del demandante. Se trata - concluye - de cargas procesales iguales para demandante y demandado y previas al proceso, de las cuales no se advierte una vulneración al principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta, ni del artículo 93 de la misma.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

COMPETENCIA

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 1o. num. 227 del Decreto-Ley 2282 de 1989, el cual modificó el artículo 424 parágrafo 2o., numeral 2o. del Código de Procedimiento Civil, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5o. del artículo 241 de la Constitución.

Vulneración del artículo 29 de la Constitución

2. El actor acusa la vulneración del derecho al debido proceso (CP art. 29) por parte del Gobierno en funciones de legislador extraordinario al expedir el artículo 4o. num. 227, modificatorio del párrafo 2o. numeral 2o. del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, el cual condiciona el derecho del arrendatario demandado a ser oído en juicio a que éste presente prueba documental de la cancelación de los cánones de arrendamiento correspondientes a los últimos períodos cuando la demanda de restitución del inmueble se funde en la causal de falta de pago.

El debido proceso es un derecho fundamental de la persona que reúne un haz de garantías judiciales aplicables a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Tradicionalmente se ha identificado este derecho con los principios de legalidad de la pena, juez natural, plenitud de las formas propias de cada juicio, contradicción y **non bis in idem**. La nueva Constitución amplía el contenido del derecho e incluye principios como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado y a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.

El derecho fundamental al debido proceso no se identifica únicamente con las formas legales de cada juicio. El legislador, en uso de su potestad de hacer las leyes y de expedir Códigos en todas los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (CP art. 150-2), establece los procedimientos propios para cada materia o asunto a decidir ante los jueces o tribunales. No obstante, en el ejercicio de la potestad legislativa debe respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, en especial el mínimo de garantías constitucionales contenidas en los artículos 28 a 34 de la Constitución.

El apoderado del Ministerio de Justicia afirma que el derecho al debido proceso "consiste en no poder emplearse un procedimiento distinto al asignado por la ley a cada caso". La premisa de la cual parte el representante del Ministro equipara el alcance del debido proceso a los procedimientos dispuestos por la ley, sin que pueda existir posibilidad de contradicción entre uno y otro ordenamiento ya que la reglamentación legislativa es simplemente desarrollo natural y necesario del precepto constitucional.

Por su parte, el impugnante hace consistir su cargo de inconstitucionalidad en que el legislador extraordinario condicionó el ejercicio del derecho a ser oído en juicio a determinados requisitos, a pesar que una interpretación estricta del artículo 29 de la Constitución, a la luz de los tratados y convenios internacionales, no autoriza condicionar o supeditar de ninguna manera el ejercicio del derecho al debido proceso.

El examen de la norma acusada deberá determinar la constitucionalidad de la decisión legislativa que condiciona el ejercicio de un derecho fundamental al cumplimiento de requisitos procesales. De lo contrario,

se incurriría en una **petición de principio** al identificar el debido proceso con las formas establecidas para cada caso por el legislador, operándose a la vez una inversión del principio de supremacía de la Constitución sobre la ley (CP art. 4), al quedar sujeto el contenido de la Carta a la decisión de la autoridad pública llamada a desarrollar sus preceptos.

Constitucionalidad de las cargas procesales

3. Para que las exigencias o cargas procesales propias de un juicio sean constitucionales se requiere que con ellas no se vulneren las garantías mínimas del debido proceso. No basta entonces para determinar su exequibilidad que el legislador sea competente para establecerlas, sino que el sistema de derechos y obligaciones procesales se ciña a la Constitución por ser razonable y justo.

En materia probatoria, las cargas impuestas a las partes enfrentadas en un litigio obedecen a principios como la eficacia de la prueba, su neutralidad o la posibilidad de contradicción. La doctrina del **onus probandi** ha tenido un extenso desarrollo desde su postulación inicial en el derecho romano arcaico. Pero también razones de orden práctico llevan a imponer requisitos procesales a las partes con el fin de facilitar el trámite y resolución de los conflictos. Bajo estos supuestos funciona también la técnica de las presunciones legales que permiten al juez deducir la existencia de los supuestos de hecho a partir de otros hechos debidamente demostrados en el proceso (CPC art. 176), con el fin de establecer la veracidad o no de lo afirmado por las partes.

Las reglas y principios jurídicos que regulan la actividad probatoria - entre ellos los principios de la carga de la prueba - delimitan la forma válida para incorporar los hechos al proceso y de controvertir su valor para definir su incidencia en la decisión judicial.

Los hechos, antes que en el proceso, acaecen en la realidad social. Criterios empíricos y analíticos, sirven para su demostración. Su relevancia jurídica depende, además, de los medios legales de prueba utilizados para su incorporación en el proceso. Por otra parte, el Estado en desarrollo del poder regulador dispone la forma y medios adecuados para comprobar o rebatir las afirmaciones y negaciones de los sujetos procesales sobre actos, hechos o conductas de las cuales pueden deducirse efectos jurídicos diversos. La importancia de las formas jurídicas propias del juicio justifica el carácter de **orden público** de las disposiciones procesales (C.P.C. art. 6). De su cumplimiento depende la efectividad de los derechos subjetivos de la persona.

El sistema de cargas procesales obedece a la racionalidad de las reglas y principios de la actividad probatoria y a la crítica del

juicio normativo por el cual se adjudican efectos jurídicos a los hechos debidamente demostrados en el proceso. La representación de éstos se lleva a cabo principalmente a través de los medios de prueba a disposición de las partes al ser utilizados en el tiempo y la forma definidos por el legislador, en el marco de lo constitucionalmente permisible.

Los principios y reglas jurídicas relacionadas con la iniciativa, carga, evaluación, etc. de la prueba tienen su asiento en la lógica, en la experiencia y en los valores de lo equitativo y lo justo determinados por el legislador en cada momento histórico.

Los derechos sub-lite dependen de la acción u omisión del interesado. Las cargas procesales imponen a la parte asumir ciertas conductas o abstenciones cuyo incumplimiento puede generar riesgos de una decisión desfavorable y, por ende, el no reconocimiento de sus derechos subjetivos.

Dentro de las cargas procesales fijadas por ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba. Esta incumbe a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados (CPC art. 177). La finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable.

Las cargas procesales no implican una sanción para la persona que las soporta. Los efectos de su incumplimiento acarrearán riesgos que pueden concretarse en una decisión adversa. En esto le asiste razón al apoderado del Ministerio de Justicia, quien no ve una vulneración del derecho de defensa en la imposición de ciertas obligaciones o cargas a las partes, máxime si las consecuencias de la inactividad del interesado obedecen a su propia omisión.

Las reglas del "onus probandi" o carga de la prueba

4.. Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: "onus probandi incumbit actori", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; "reus, in excipiendo, fit actor", el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, "actore non probante, reus absolvitur", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción.

Los anteriores principios están recogidos en la legislación sustancial (CC art. 1757) y procesal civil colombiana (CPC art. 177) y responden principalmente a la exigencia para la persona que afirma algo de

justificar lo afirmado con el fin de persuadir a otros sobre su verdad.

Las reglas generales de la carga de la prueba admiten excepciones si se trata de hechos indefinidos o si el hecho objeto de prueba está respaldado por presunciones legales o de derecho.

En el primer evento, se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido - bien sea positivo o negativo - radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ello no sucede cuando se trata de negaciones que implican una o varias afirmaciones contrarias, de cuya probanza no está eximida la parte que las aduce. A este respecto establece el inciso 2 del artículo 177 del C.P.C.: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

La dispensa de la prueba se opera igualmente por la existencia de presunciones legales o de derecho, aunque de forma relativa. A la persona o sujeto procesal favorecido por la presunción sólo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento. Corrientemente la presunción conlleva el desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria, salvo cuando se trata de las presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario.

Las excepciones al principio general de "quien alega, prueba", obedecen corrientemente a circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos. En estos casos, el traslado o la inversión de la carga de prueba hace que el adversario de la parte favorecida con la presunción o que funda su pretensión en hechos indefinidos es quien debe desvirtuarlos. En uno y otro evento el reparto de las cargas probatorias obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona.

Constitucionalidad de la prueba de pago como condición para ser oído en el proceso

5. De lo anteriormente expuesto, queda claro que para esta Corte la constitucionalidad de las cargas procesales, en particular la carga de la prueba, depende del respeto de los contenidos mínimos del derecho fundamental al debido proceso y de la racionalidad de las exigencias hechas a cada una de las partes dependiendo de los fines buscados por el legislador al establecer las formas propias de cada juicio.

En el caso sub-iudice, el actor acusa de inconstitucional la norma por la cual el arrendatario demandado en un proceso de restitución del inmueble con base en la causal de no pago no es oído en sus descargos hasta tanto no presente prueba del pago de los cánones correspondientes a los últimos tres períodos.

La exigencia impuesta por el legislador al arrendatario demandado responde a las reglas generales que regulan la distribución de la carga de la prueba, se muestra razonable con respecto a los fines buscados por el legislador y no es contraria a las garantías judiciales del debido proceso consagradas en la Constitución y los tratados internacionales que guían la interpretación de los derechos fundamentales.

La causal de terminación del contrato de arrendamiento por falta de pago de los cánones de arrendamiento, cuando ésta es invocada por el demandante para exigir la restitución del inmueble, coloca al arrendador ante la imposibilidad de demostrar un hecho indefinido: el no pago. No es lógico aplicar a este evento el principio general del derecho probatorio según el cual "incumbe al actor probar los hechos en los que basa su pretensión". Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos.

El desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado cuando la causal es la falta de pago del canon de arrendamiento es razonable atendida la finalidad buscada por el legislador. En efecto, la norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre y la razón práctica. Según la costumbre más extendida, el arrendatario al realizar el pago del canon de arrendamiento exige del arrendador el recibo correspondiente. Esto responde a la necesidad práctica de contar con pruebas que le permitan demostrar en caso de duda o conflicto el cumplimiento de sus obligaciones.

La decisión del legislador extraordinario de condicionar el ejercicio de los derechos del demandado - ser oído en el proceso, presentar y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra - a la presentación de documentos que certifiquen el pago, no es contraria al contenido y alcance del derecho fundamental al debido proceso.

Una interpretación semántica como la adoptada por el accionante de inconstitucionalidad plantea el cuestionamiento de si el legislador está facultado para exigir, además de los constitucionales, otros requisitos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales, cuya interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. La aparente contradicción entre la norma acusada y los artículos 29 y 93 de la Constitución, los cuales no condicionan de ninguna manera el derecho al debido proceso, se resuelve, no obstante, a favor de la norma acusada, por estar plenamente justificada la determinación de imponer ciertas cargas probatorias al demandado, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto.

Para esta Corte es de meridiana claridad que la exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. Este podrá ser oído y actuar eficazmente en el proceso, en el momento que cumpla con los requisitos legales, objetivos y razonables, que permiten conciliar los derechos subjetivos de las partes con la finalidad última del derecho procesal: permitir la resolución oportuna, en condiciones de igualdad, de los conflictos que se presentan en la sociedad. Le asiste en este sentido razón al señor Procurador General de la Nación cuando sostiene que el demandado será oído en cualquier etapa del proceso si consigna los cánones adeudados.

Razones adicionales que respaldan la constitucionalidad de la norma

6. Argumentos adicionales que podrían aducirse en contra de la norma acusada como la vulneración del derecho a acceder a la justicia (CP art.229), del derecho de defensa (CP art. 29) y de los principios de proporcionalidad y protección especial a grupos discriminados o marginados (CP art. 13), no son atendibles ni concluyentes para afirmar su inconstitucionalidad.

La presentación de recibos de pago o de consignación como requisito para ser oído en juicio no vulnera el núcleo esencial de los derechos de acceder a la justicia y de defensa. La ley sustantiva sitúa la carga de probar la extinción de la obligación - pago del canon dentro del plazo inicialmente acordado - en cabeza del arrendatario (CC art. 1757). La decisión adjetiva de adelantar y restringir los medios probatorios, condicionando el derecho a ser oído a la presentación anticipada de una prueba documental, tiene como finalidad dar celeridad y eficacia a un proceso de naturaleza **abreviada**. El medio legal establecido para agilizar este tipo de litigios no se revela

desproporcionado respecto de los derechos del arrendatario, porque éste podrá acceder a la justicia y defenderse demostrando que ha sido diligente al exigir y conservar los recibos de pago o ha cumplido con las cargas procesales que en sí mismas no son irracionales.

En efecto, el ejercicio de los derechos está sujeto a limitaciones objetivas y razonables. La decisión de limitar los medios de prueba y la oportunidad de su presentación no es inconstitucional como tampoco lo es la exigencia de otorgar una caución para efectos de acceder a un recurso - vgr. por el costo que dicho trámite reporta para la comunidad en general - o el requerimiento de la representación judicial mediante abogado para poder ser escuchado en un proceso de conformidad con las condiciones de funcionamiento de todo el sistema judicial. La reducción de los medios probatorios a la prueba documental no elimina las posibilidades de defensa sino que impone la necesidad de formalizar un aspecto del trámite ordinario de estos negocios en aras de la modernización de la economía y la simplificación de las controversias que en un momento dado se susciten.

La libertad probatoria en una materia tan concreta como el pago de los cánones de arrendamiento puede conducir a la ineficacia de los procedimientos legales para la resolución de este tipo de litigios de diaria ocurrencia. La dilación de los procesos de restitución del inmueble arrendado, por la causal de falta de pago de los cánones, puede de otra parte desestimular la oferta de inmuebles para arrendar y, a largo plazo, inducir a un aumento de los costos para los propios arrendatarios.

Finalmente, no cabe considerar la inexequibilidad del numeral 2° del párrafo 424 del Código de Procedimiento con base en un aparente desconocimiento del principio de protección especial a grupos discriminados o marginados (CP art. 13). La legislación en materia de arrendamientos de inmuebles para habitación ha sido tradicionalmente favorable a la parte arrendataria, la cual es tratada en la legislación como "parte débil". Sin embargo, la protección legal no puede extenderse de tal manera que haga nugatorio el legítimo derecho de obtener la restitución del inmueble ante el incumplimiento de la obligación de pagar los cánones que corresponde al arrendatario. La protección legal que se dispensa al arrendatario presupone el cabal cumplimiento de sus obligaciones. En ningún sentido su desacato puede resultar amparado.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E

PRIMERO.- Declárase EXEQUIBLE el artículo 1o. num. 227 del Decreto 2282 de 1989, el cual modificó el parágrafo 2o. numeral 2o. del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

SEGUNDO.- Comuníquese al Gobierno Nacional para los fines contemplados en el artículo 241, numeral 10 de la Constitución Política.

Cópiese, comuníquese, publíquese en la Gaceta Constitucional, y cúmplase.

SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Presidente

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ G.

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ C.

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-070/93

DEBIDO PROCESO-Violación/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Falta de pago/RESTITUCION DEL INMUEBLE/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL
(Salvamento de voto)

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Se establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa. Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia. Menos aún si se tiene en cuenta que, al tenor del artículo 228 de la Constitución, en todas las actuaciones ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial.

Ref.: Expediente No. D-134
Magistrado Ponente:
Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C. veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Los suscritos magistrados discrepamos radicalmente tanto de la motivación como de la resolución adoptada por la Sala Plena de la Corte mediante el fallo en referencia por cuanto pensamos que la norma acusada y declarada exequible es, por el contrario, un singular ejemplo de violación frontal de los principios, valores y preceptos de la Constitución Política.

Estimamos que dicho mandato legal, perteneciente al Código de Procedimiento Civil, era contrario a la Carta de 1886, bajo cuyo amparo fue expedido, y con mayor razón, dado el especial celo mostrado por el Constituyente de 1991 en garantizar la efectividad de los derechos y el respeto a la dignidad de la persona, lesiona de manera grave la preceptiva fundamental vigente.

1. Se trata de una regla procesal que desconoce sin rodeos nada menos que la garantía constitucional de la defensa que es parte insustituible e imprescindible del debido proceso, como ya lo ha expresado en otras ocasiones la Corte Constitucional con argumentos de justicia que ahora han sido desoídos por la mayoría, haciendo prevalecer el criterio de "verdad aparente", propio de un procesalismo

ciego, sobre el que impone la búsqueda de la verdad real dentro de un concepto comprometido con la realización del derecho sustancial.

El artículo impugnado dice claramente que el demandado "no será oído", lo cual riñe abiertamente con la letra y el espíritu del artículo 29 de la Constitución, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a defenderse dentro del proceso, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

2. La disposición acusada establece un bloqueo absoluto de las posibilidades de alegato, contradicción y controversia de las que, según la Carta, debía gozar a plenitud el demandado. En su desarrollo se lleva a cabo un "proceso" insólito, dentro del cual una de las partes no es oída, es decir que la decisión judicial será adoptada de espaldas a ella y que, fatalmente, esa decisión le será adversa.

Esto no es comprensible en un sistema jurídico que proclama como principios fundamentales de su estructura los del Estado Social de Derecho, la dignidad de la persona humana y la justicia. Menos aún si se tiene en cuenta que, al tenor del artículo 228 de la Constitución, en todas las actuaciones ante la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. Recuérdese que estamos ante un derecho fundamental no susceptible de ser suspendido ni siquiera durante los estados de excepción y que, por tanto, no puede estar excluido de manera definitiva en una determinada categoría de proceso.

3. La disposición en comento supedita la aplicación del debido proceso y la oportunidad de defensa del demandado a la demostración de algo que constituye precisamente el objeto del litigio y sobre lo cual debía versar el debate de fondo entre las partes en igualdad de condiciones; el pago de los cánones de arrendamiento discutidos.

Ello resulta incomprensible en cuanto hace inútil el proceso. No pudiendo el arrendatario demostrar el pago "ab initio", queda desde ya condenado, porque el sistema jurídico, contra lo expresamente ordenado por la Constitución y por fuera de todo criterio de justicia, le niega la posibilidad de argumentar en su defensa.

Obsérvese, por ejemplo, que únicamente es admitida por esta norma la prueba documental escrita sobre el hecho del pago, de tal manera que el legislador -desconociendo la existencia de una práctica que encaja dentro de los presupuestos constitucionales de la buena fe y que debería ser estimulada en vez de censurada- excluye toda posibilidad de que el inquilino hubiese pagado el arriendo sin exigir recibo, lo cual implicaría que el fondo del litigio -el oportuno y efectivo pago- tuviera que depender -para los fines de la justicia real- de otros medios de prueba como los testimoniales. Eso, que el demandado podría válidamente alegar para desvirtuar las afirmaciones del actor sobre la mora en el pago, jamás podrá llegar a conocimiento del juez dentro de un esquema como el de la norma examinada, ni podrá ser objeto de debate probatorio ni tenido en cuenta en el momento del fallo..., todo

por razón de la innecesaria consagración de un precepto que hace posible la condena sin juicio previo por la carencia del específico y único medio probatorio aceptado.

4. De otra parte, hechizados como estuvieron los autores de la norma por los conceptos de un derecho probatorio tradicional, formalista y sordo a los dictados de la justicia material, la decisión de mayoría olvida que en el caso concreto la carga de la prueba era apenas la punta del iceberg de las relaciones arrendador-arrendatario en el contexto de la actual sociedad colombiana. Lo cual hacía imperativo e inevitable un análisis cuidadoso de ellas a efecto de no profundizar más -si cabe- la desigualdad en perjuicio del inquilino.

Leyes generales de los contratos que se han expedido en diversos países han tenido siempre buen cuidado en consagrar correctivos eficaces en beneficio de la parte más débil de la relación contractual.

La doctrina observa, por su parte, que, como instrumento fundamental para la satisfacción de diversas necesidades de la persona, el contrato no puede ignorar los intereses sociales para convertirse en el reino del egoísmo y del puro interés individual.

En el nivel concreto de la actividad judicial esto implica que, como lo ha señalado recientemente un serio y estudioso tratadista de la materia,

"(...) la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces quienes interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta, para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada que se traduzca en inferioridad de la parte débil de la relación contractual, la cual representa en su interés, el bien común cobijado con la garantía constitucional". (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto: Contratos Mercantiles, Tomo II 2a. edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1992, pp. 105-106).

No obstante, en forma por demás sorprendente y contradictoria, la sentencia de la cual disentimos parece tomar partido en defensa de los intereses exclusivos de los rentistas.

Es sorprendente, en verdad, que haya imperado este criterio, puesto que al aplicarlo se ignora que en el panorama actual de nuestra realidad económica y social son precisamente los arrendatarios quienes no gozan de las ventajas que confiere la propiedad, con todo lo que ello significa en un mercado caracterizado por la creciente demanda de alojamiento y un número de soluciones cada vez más limitado.

La decisión es contradictoria en cuanto, apenas pocos días antes, la misma Sala Plena de la Corporación, consciente de las exigencias de un Estado Social de Derecho en lo que respecta a la protección de los

débiles no como acto caritativo, sino como verdadera obligación jurídico-constitucional, declaró inexecutable el artículo 26 del Decreto 1746 de 1991 (Sentencia No. C-599 del 10 de diciembre de 1992. Ponente Dr. Fabio Morón Díaz). Dicha disposición establecía que para ejercitar las acciones ante la jurisdicción Contencioso Administrativa debía acompañarse a la demanda el recibo de pago de la multa correspondiente.

Como se recordará, esa norma fue encontrada inconstitucional, entre otras razones, por la siguiente: "Ahora bien, la Constitución Política de 1991 establece como un derecho fundamental la posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho; resulta así contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial" (Ver texto de la sentencia aludida).

No encontramos ningún argumento válido para establecer distinción entre los dos casos, pues en uno y otro se afecta claramente la dignidad de la persona y se supeditan sus derechos fundamentales al pago de una suma de dinero, lo cual es inconstitucional.

Estas son, en síntesis, las razones que nos han llevado a separarnos de la sentencia.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

CIRO ANGARITA BARON
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

**F.- TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTAFE DE BOGOTA D.C.**

SALA CIVIL (Santafé de Bogotá, D.C. Abril catorce de mil novecientos noventa y ocho).

Ref: Ejecutivo singular. Financiera Andina S.A. Finandina vs. Roda Pol y cia Ana Lucrecia Larrota Lopez. Rd. 7804.

Magistrado Ponente: CARLOS AUGUSTO PRADILLA TARAZONA.

Discutido y aprobado en Sala de 23 y 30 de enero y febrero 6 de 1998. Actas Nos. 001, 002 y 003.

I.-ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de enero 20 de 1997, que negó el mandamiento de pago por los intereses moratorios sobre los cánones de arrendamiento.

.....

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primac fassic, se debe hacer claridad que el recurso de apelación se despachará circunscribiéndolo única y exclusivamente al tema de objeto de la apelación cual es, el inciso 2º. del numeral 4º. del auto del 20 de enero de 1997, mediante el cual negó los intereses de mora demandados.

Para decidir esta segunda instancia, es menester entrar a analizar algunos aspectos jurídicos que guardan relación con el tema a decidir.

1.- El Leasing Financiero, según el Decreto 148 de 1979 se define como "El consistente en el arrendamiento 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 del mismo bien, cuyo precio deberá tener en cuenta el monto de los cánones de los arrendamiento".

A pesar del uso frecuente en el tráfico comercial, a este contrato, no se le puede categorizar como nominado en vista de que los textos contractuales en parte alguna lo reglamentan; por tal razón, no existe norma expresa que rija este contrato.

En el anterior orden de ideas, debe estarse en primer lugar a lo convenido por las partes en el respectivo contrato en lo atinente a su constitución, desarrollo y cumplimiento, siempre y cuando las cláusulas contractuales no contravengan el orden público y las buenas costumbres.

2.- Siendo ello así debe esta sala entrar a resolver el problema jurídico planteado, es decir, si en materia mercantil rentas, cánones de arrendamiento y pensiones periódicas están sujetas a la prohibición consagrada en el art. 1617 de C.C.

El señor Juez de la primera instancia consideró que, los cánones de arrendamiento de origen mercantil sí están sujetos a la prohibición contemplada en el art. 1617 de C.C. Numeral 4.

El recurrente, por su parte, considera que en materia mercantil el art. 65 de la ley 45 de 1990, autoriza el cobro de intereses moratorios, sobre los cánones de arrendamiento causados en virtud de un contrato mercantil, por cuanto considera, se trata de obligaciones mercantiles de carácter dinerario a las que se refiere la norma citada.

En verdad, el C. de Co. no existe norma expresa que, prohíba o permita el cobro de intereses sobre rentas, cánones o pensiones periódicas, como sí existe en la codificación civil, art. 1617.

3.- El art. 1617 del C.C., establece en su numeral 3 que los intereses atrasados no producen interés.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1990, se introdujeron en la legislación comercial importantes reformas respecto a intereses en las obligaciones dinerarias de carácter mercantil, a tal punto que el art. 65 de la citada Ley consagró expresamente que "en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella".

El sentido del artículo parcialmente transcrito no es otro que el de dejar en claro que en materia comercial y en tratándose de obligaciones mercantiles de carácter dinerario es perfectamente válido el cobro de intereses en caso de mora y a partir de ella, sin que sea dable argüir en contra prohibiciones consignadas en el art. 1617 del C.C.

Como en el presente caso, no cabe la menor duda que se están cobrando ejecutivamente obligaciones mercantiles de carácter dinerario, resulta incuestionable que la norma de carácter general transcrita tiene plena aplicación y en consecuencia, se debe concluir que los cánones de arrendamiento que aquí se cobran sí están llamados a producir intereses de mora a partir de ella, inclusive los que se causen por virtud de lo previsto en el art., 498 de C.P.C.

Ahora bien, si la anterior norma no fuera suficiente, por ser de carácter general, para respaldar el cobro de intereses respecto de cánones o rentas periódicas, se tiene que si se hace una interpretación sistemática de la legislación comercial artículo 886 y de la civil artículo 1617, se llega a la conclusión que en materia comercial si es pertinente el cobro de intereses sobre rentas, cánones o pensiones periódicas como pasa a demostrarse.

El art. 1617 del C.C., en su numeral 3 prescribe que "los intereses atrasados no producen interés", y, en su numeral 4 ibidem estatuye que : "la regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

A su turno, el art. 2235 del mismo código prohíbe estipular intereses de intereses; es decir, que no se puede acordar entre las partes contratantes al momento de celebrar el contrato ni con posterioridad este, el pago de intereses sobre intereses.

En materia mercantil, el art. 886 del C. Co., al contrario de lo prohibido en la legislación civil relacionada anteriormente termina permitiendo que los intereses pendientes produzcan intereses, esto es, que en materia mercantil si se permite el cobro de intereses sobre intereses al estatuir la citada norma que: "los intereses pendientes no producen intereses sino desde la fecha de la demanda judicial al acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

De la lectura del art. 1617 del C. C. y del 886 del C de Co., podría pensarse que existe una contradicción entre la norma civil y la comercial, en cuanto que la primera prohíbe el cobro de intereses sobre intereses y la segunda lo permite ; sin embargo, dicho conflicto en la practica no existe por cuanto se resuelve, aplicando a cada materia la legislación que le es propia, es decir, en materia civil se aplica el art. 1617 de esa obra y no se permite el cobro de intereses sobre intereses o sobre cánones y rentas periódicas, y en materia comercial se aplica el art. 886 del C. Co. y permite el cobro de intereses sobre intereses cuando se reúnen las condiciones aquí previstas.

Simplemente por analogía se ha querido aplicar en materia mercantil, el inciso 4 del art. 1617 del C. C. pero, sin tener en cuenta que, en materia comercial el art. 886 del C. Co., permite el cobro de intereses sobre intereses pendientes; en consecuencia, la aplicación analógica del numeral 4 del art. 1617 citado, sin tener en cuenta el art. 886 del C. Co. ha llevado a los jueces a negar el pago de intereses sobre rentas, cánones y pensiones periódicas de origen mercantil, pero, resulta que si trasladamos el art. 886 del C. de Co. al sitio ocupado por el numeral 3 del art. 1617 del C. C. y lo reemplazámos por éste, tendríamos que la redacción del numeral 3 del C. C. cambiaría para decir que los intereses pendientes si producen intereses y si en enseguida vemos el numeral 4 del art. 1617 leeríamos que la regla anterior se aplica a toda clase de rentas, cánones y pensiones periódicas o lo que es igual, que por remisión del numeral 4 a la regla contenida en el art. 886 del C. de Co. en materia mercantil las rentas, cánones y pensiones periódicas, si producen intereses por permitirlo la legislación comercial.

4.- Finalmente, en el contrato de Leasing materia de estudio, se utilizó por las partes contratantes una cláusula, esta es la vigésima, en la cual se prevee el cobro de intereses moratorios para el caso de incumplimiento del deudor en el pago de la renta mensual, con lo cual las partes procuran sancionar al deudor por el incumplimiento en el pago de la renta periódica, cuya finalidad es exonerar al

acreedor de la carga de probar que sufrió un perjuicio así como la cuantía del mismo, cláusula que en sí misma, por tratarse de una obligación mercantil no es contra derecho ni lesiona el orden jurídico comercial ni las buenas costumbres por lo que se debe estar a lo pactado y a esa estimación convencional.

En el anterior orden de ideas, debe estarse en primer lugar a lo pactado por las partes en el negocio jurídico sobre intereses moratorios, teniendo eso si en cuenta, los límites máximos permitidos por la disposición penal (art. 235) para el interés de usura.

5.- Como el interés moratorio pactado en la cláusula vigésima del contrato de Leasing, para el evento del retardo en el pago mensual del canon de arrendamiento, lo fue a tasa máxima vigente autorizada por la Superintendencia Bancaria, por cada día de retardo, y sin necesidad de requerimiento alguno, debe estarse a lo pactado y en consecuencia, la tasa de interés moratorio será la variable que certifique la Superintendencia Bancaria para cada uno de los períodos en mora y teniendo en cuenta que las cuotas son periódicas y no se vencen o vencieron en una misma época.

6.- En consideración de lo anteriormente expuesto, surge la necesidad de revocar el auto recurrido, en cuanto a los intereses moratorios, que es el tema objeto de apelación y al cual se circunscribe esta determinación, pues la normalidad sustancial y procesal así lo impone.

IV.- DECISION

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTAFE DE BOGOTA, EN SALA CIVIL DE DECISION.

V.- RESUELVE

1. REVOCAR, parcialmente el auto de enero 20 de 1997, proferido por el juzgado 22 Civil del Circuito de esta ciudad. En consecuencia, se ordena LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO, por los intereses moratorios liquidados sobre cada una de las cuotas expiradas en el contrato de Leasing No. ALP- 0705/94, al igual que las que en lo sucesivo venzan, a la tasa variable que certifique la Superintendencia Bancaria para cada uno de los períodos en mora, sin que en ningún momento sobrepase el máximo permitido por el art. 235 del C. Penal, teniendo en cuenta que se trata de prestaciones periódicas que vencen en época diferente. Aclarando que los restantes numerales de la parte resolutive del auto recurrido, no son materia de decisión alguna, por cuanto no fueron impugnados