# UN ESTUDIO ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES DADOS EN LEASING

**LUZ MERY MURCIA PÁEZ**
**AZUCENA RIAÑO**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA**
**FACULTAD DE DERECHO**
**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS**
**-CISJUC-**
**BOGOTÁ D.C.**
**2014**

# UN ESTUDIO ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES DADOS EN LEASING

**LUZ MERY MURCIA PÁEZ**
**Código 2101833**
**AZUCENA RIAÑO**
**Código 229774**

Trabajo de Grado para optar al Título de
Abogada

Director
Dr WILSON ALBEIRO MURILLO
Abogado

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA**
**FACULTAD DE DERECHO**
**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS**
**-CISJUC-**
**BOGOTÁ D.C.**
**2014**

creative commons

# Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/

**Usted es libre de:**

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

**Bajo las condiciones siguientes:**

**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

**Nota de aceptación:**

_____
_____
_____
_____
_____
_____

_____
**Firma del presidente del jurado**

_____
**Firma del jurado**

_____
**Firma del jurado**

**Bogotá D.C., Noviembre de 2014**

Dedicamos este trabajo a nuestras familias por el apoyo incondicional y la exigencia de hacer este sueño realidad.

## AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Católica de Colombia, por brindarnos una formación integral que nos permitió culminar este gran logro para nuestras vidas.

A los docentes Wilson Murillo y Miguel Rujana por la orientación, dedicación y seguimiento a nuestro trabajo de grado.

**CONTENIDO**


| | pág. |
|---|---|
| **INTRODUCCIÓN** | **21** |
| **1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA** | **24** |
| **1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA** | **24** |
| **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA** | **24** |
| **2. JUSTIFICACIÓN** | **25** |
| **3. OBJETIVOS** | **27** |
| **3.1 OBJETIVO GENERAL** | **27** |
| **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS** | **27** |
| **4. CONTRATO DE LEASING** | **28** |
| **4.1 VOCABLO DE LEASING** | **28** |
| **4.2 CONCEPTO DE LEASING** | **29** |
| **4.3 NATURALEZA** | **33** |
| **4.3.1 Naturaleza del contrato de leasing en Colombia** | **37** |
| **4.3.2 Naturaleza de los bienes** | **39** |
| **4.3.3.1 Beneficios jurídicos procesales en la recuperación de la obligación** | **42** |
| **4.3.3.2 Beneficios económicos** | **43** |
| **4.4 CLASES DE LEASING FINANCIERO** | **43** |

**4.4.1 Clasificación de leasing por el tipo de bienes 44**

**4.4.1.1 Leasing inmobiliario 45**

**4.4.1.2 Clasificación en el régimen legal colombiano del leasing Habitacional 46**

**4.4.1.3 Características del leasing inmobiliario con destinación a Vivienda familiar 47**

**4.4.1.4 Leasing de adquisición de vivienda en el sistema actual 51**

**4.4.1.5 Leasing de construcción 53**

**4.4.1.6 Leasing de intangibles 54**

**4.4.1.7 Contrato leasing maestro o master lease 54**

**4.4.1.8 Contrato de dry leasing y Wet leasing 54**

**4.4.2 Clasificación por los sujetos 54**

**4.4.2.1 Leasing sindicado 54**

**4.4.2.2 Leasing de exportación 55**

**4.4.2.3 Leasing de importación 55**

**4.4.2.4 Lease back 55**

**4.4.3 Clasificación por la amortización 56**

**4.4.3.1 Subleasing 56**

**4.5 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO 56**

**4.5.1 Es un contrato bilateral sinalagmático perfecto 56**

**4.5.2 Es un contrato consensual 57**

**4.5.3 Es oneroso 57**

**4.5.4 Es conmutativo 57**

**4.5.5 Es de tracto sucesivo 57**

**4.5.6 Es un contrato de naturaleza financiera** **57**

**4.5.7 Es principal** **57**

**4.5.8 Partes cualificadas** **58**

**4.6 CONTRATO DE LEASING OPERATIVO O ARRENDAMIENTO** **58**

**4.6.1 Diferencias entre el contrato de leasing financiero y leasing Operativo** **58**

**4.7 ETAPAS DE CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LEASING** **60**

**4.7.1 Adquisición del activo** **60**

**4.7.2 Entrega del activo** **62**

**4.7.3 Ejercicio de la opción de adquisición** **62**

**4.8 LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LEASING EN COLOMBIA** **63**

**4.9 PERDIDA DEL RIESGO DE LA COSA EN EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO** **67**

**4.9.1 Antecedentes en el derecho romano** **68**

**4.9.1.1 El riesgo en cabeza del dueño (damnun domini)** **68**

**4.9.1.2 Riesgo en cabeza del comprador (periculum est emptoris)** **69**

**4.9.2 Riesgo de la pérdida de la cosa en el derecho colombiano** **69**

**4.9.2.1 Riesgo de la pérdida de la cosa en el Código Civil colombiano** **70**

**4.9.2.2 Cosas de cuerpo cierto** **70**

**4.9.2.3 Cosas de género** **71**

**4.9.3 Riesgo de la pérdida de la cosa en el Código de Comercio** **71**

**4.9.4 Pérdida de la cosa en los contratos de leasing** **71**

**5. BIENES COMO OBJETO DEL CONTRATO DE LEASING 75**

**5.1 SUJETO ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD 76**

**5.1.1 Afectación patrimonial al locatario 79**

**5.1.2 Afectación patrimonial al locador 81**

**5.2 CONCEPTO DE BIEN EN DERECHO ROMANO 82**

**5.2.1 Res in patrimonium y res extra patrimonium 84**

**5.2.2 Res divini iuris 84**

**5.2.2.1 Res Sacrae 84**

**5.2.2.2 Res religiosae 84**

**5.2.2.3 Res sanctae 85**

**5.2.3 Res humani iuris 85**

**5.2.3.1 Res comunes 85**

**5.2.3.2 Res publicae. 85**

**5.2.3.3 Res universitatis 85**

**5.2.3.4 Res privatae o singulorum 85**

**5.3 CONCEPTO DE BIENES EN DERECHO COLOMBIANO 85**

**5.4 CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS 87**

**5.5 ESTRUCTURA DE LOS BIENES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA 88**

**5.5.1 Bienes corporales 89**

**5.5.1.1 Bienes fungibles o no fungibles 90**

**5.5.1.2 Bienes consumibles o no consumibles 91**

**5.5.1.3 Bienes presentes y futuros 91**

**5.5.1.4 Bienes muebles 91**

**5.5.1.5 Bienes inmuebles** **92**

**5.5.2 Bienes incorporales** **93**

**5.6 ACCIONES** **94**

**5.7 ESTRUCTURA DEL DERECHO DE LOS BIENES EN LOS CONTRATOS DE LEASING** **95**

**5.7.1 Estructura general del contrato de leasing.** **96**

**5.7.2 Relación acción- bienes –acciones en el contrato de leasing** **97**

**6. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO EN EL MARCO DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING** **98**

**6.1 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** **100**

**6.1.1 Responsabilidad civil contractual** **100**

**6.1.2 Responsabilidad civil extracontractual** **102**

**6.2 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL** **102**

**6.2.1 Daño** **102**

**6.2.2 Requisitos del daño** **103**

**6.2.3 Nexo de causalidad** **104**

**6.2.3.1 Teoría de la equivalencia de condiciones** **104**

**6.2.3.2 Teoría de la causa próxima** **105**

**6.2.3.3 Teoría de la causalidad adecuada** **105**

**6.2.3.4 Teoría de la imputación objetiva** **106**

**6.2.4 Culpa** **106**

**6.3 RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD SUBJETIVA** **107**

**6.3.1 Responsabilidad civil subjetiva** **108**

**6.3.2 Responsabilidad objetiva** **108**

**6.4 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA** **110**

**6.4.1 Presunción de responsabilidad** **110**

**6.4.2 Presunción de culpabilidad** **110**

**7. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS EN EL CONTRATO DE LEASING** **114**

**7.1 INTRODUCCIÓN** **114**

**7.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXCONTRACTUAL DE LOS OBJETOS DEL CONTRATO DE LEASING** **115**

**7.2.1 El convenio de Otawa de 1988 (Normas Unidroit)** **115**

**7.2.1.1 Alcances del convenio de Otawwa de 1988** **118**

**7.3 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO ARTÍCULOS 998, 2350, 2351, 2352 Y 355** **120**

**7.3.1 Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas** **120**

**7.3.2 Responsabilidad por el hecho de las cosas animadas** **121**

**7.3.3 Responsabilidad por el hecho de un animal fiero** **121**

**7.4 LA JURISPRUDENCIA EN EL CONTRATO DE LEASING** **122**

**7.5 TEORIA DEL GUARDIAN** **122**

**7.6 RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO** **124**

**7.7 NO HAY CREACIÓN NI REALIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA** **125**

**7.8 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y OBLIGACIONES PROPTER REM** **127**

**8. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE REALIZAR ACTIVIDADES DIFERENTES A SU OBJETO SOCIAL** **129**

**9. CONCLUSIONES** **132**

**BIBLIOGRAFÍA** **134**

## LISTA DE CUADROS

pág.

**Cuadro 1. Diferencias entre el contrato de Crédito y Leasing** **37**

**Cuadro 2. Principales fallos sobre la adquisición de vivienda** **52**

**Cuadro 3. Relación acción- bienes –acciones en el contrato de leasing** **97**

## LISTA DE FIGURAS

pág.


**Figura 1. Intermediación** 36

**Figura 2. Clasificación de leasing por el tipo de bienes** 44

**Figura 3. Acciones** 76

**Figura 4. Estructura de los bienes en la legislación colombiana** 88

**Figura 5. Estructura general del contrato de leasing** 96

**Figura 6. Rangos de culpabilidad** 107

**Figura 7. Acción directa contra el locatario** 111

## TABLA DE SIGLAS

**CAV**: Corporación de Ahorro y vivienda.

**PECL**: Principles of European Contract Law.

**SIC**: Así se encontraba.

**UNIDROIT**: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

**UPAC**: unidad de poder adquisitivo constante.

**UVR**: Unidad de Valor Real.

## GLOSARIO

**ACCIÓN**: las acciones son todos los mecanismos que posee el sujeto de derecho para hacer efectivo cada una de las prerrogativas dadas por un sistema legal.

**ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD**: derechos inalienables a la naturaleza de cada persona.

**BIEN**: toda cosa sujeta de derecho de dominio que incrementa el patrimonio de quien la detente.

**CAUSALIDAD ADECUADA**: según esta, es necesario primero identificar todas las causas sine qua non de la producción del daño y una vez ello se realice, debe hacerse un juicio de probabilidad en abstracto, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, para establecer si es normal que la conducta realizada pueda producir el daño ocasionado

**CORPORA**L: aquello que tiene un cuerpo físico.

**COSA**: es todo objeto que produce satisfacción al sujeto de derecho y que puede o no incrementar el patrimonio de quien lo detenta.

**CULPA**: es uno de los elementos dela responsabilidad civil extracontractual, por lo menos cuando nos referimos a responsabilidad subjetiva, el cual ha sido estudiado y objeto de innumerables debates, es por tal razón que su universo de estudio es tan largo que se podrían escribir enciclopedias sobre su alcance.

**DAÑO**: en sentido amplio el término “daño” es una consecuencia perjudicial que padece una persona con motivo de una conducta propia o externa, no adjudicable a sujeto alguno. En este sentido extenso, se habla también de daño para referirse al menoscabo deterioro o uso del bien sin ninguna imputación al comportamiento humano. En el sentido estricto daño es el perjuicio que si puede ser imputado a un ser humano y que el menoscabo ocasionado puede ser reclamado al causante, siendo esta clase de daños (en el sentido estricto) los que pueden ser objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico.

**DOMINUS**: dueño, propietario quien detenta el derecho real de dominio.

**EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES**: la ocurrencia del daño está precedida de una cadena de hechos, mediante un proceso mental en el cual se elimina cada una de los hechos, se llega a la conclusión que el hecho generador del daño es aquel que al ser eliminado no sucedería el daño. En caso que existan dos o más hechos que al ser eliminados tengan como resultado la no producción del daño se tenderá que ambos hechos son solidariamente responsables

**FINANCIAMIENTO**: operación en que un sujeto le entrega a otros recursos para que le sea devueltos en un plazo fijado.

**IMPOSIBILIDAD JURIDICA**: situación en la cual una persona no puede realizar una acción por expreso mandato de una fuente jurídica.

**IMPUTACIÓN OBJETIVA**: establece que el nexo de causalidad es un problema de hecho y no jurídico. Se hace un mapa mental en donde se determina e individualiza cada hecho y se le imputa.

**INCORPORAL**: aquello que carece de un cuerpo físico.

**INMUEBLE**: bienes o cosas que no se pueden mover o desplazar.

I**NTERMEDIACIÓN**: actividad financiera en la que una institución financiera toma recursos del público para colocarlos nuevamente a quien los requiera.

**LEASING**: contrato de arrendamiento con o sin opción de compra

**LEASING FINANCIERO**: contrato de arrendamiento con opción de compra.

**LEASING OPERATIVO**: contrato de arrendamiento sin opción de compra.

**MUEBLE**: bienes susceptibles de movimiento.

**NEXO DE CAUSALIDAD**: se entiende como vínculo entre un hecho culposo o doloso (responsabilidad subjetiva) con el daño causado o el vínculo existe entre el la conducta y el daño (responsabilidad objetiva).

**OBLIGACIONES PROPTER REM:** aquellas que recaen sobre la persona que detenta el derecho y sobre el bien y cosa.

**PATRIMONIO**: derecho de las personas en el cual se reflejan los activos y pasivos que poseen.

**PERDIDA DE LA COSA:** probabilidad de pérdida por destrucción de un activo

**PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD**: con el punto adicional de presumir o no exigir la presencia de culpa en la acción toda vez que nos encontramos en el campo de la responsabilidad objetiva.

**PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD**: es la adjudicación de la responsabilidad en cabeza del propietario pues para este caso presume responsable por estar en su cabeza el dominio

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**: la responsabilidad civil contractual hace mención específica al incumplimiento de un extremo subjetivo (partes) de una relación contractual, bien sea en un contrato o en negocio jurídico.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL**: se denomina responsabilidad extracontractual al hecho mediante el cual un sujeto causa daños a otro sin existir una relación jurídica, surgiendo en su cabeza la obligación de reparar o indemnizar dichos perjuicios.

**RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA**: sistema de responsabilidad donde la culpa no hace parte de los elementos necesarios para que se genere o exista obligación de reparar.

**RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA**: aquel sistema de responsabilidad donde la culpa es obligatoria para que surja la obligación de reparación.

**RIESGO**: probabilidad de pérdida

**TEORIA DE LA CAUSA PRÓXIMA**. el hecho generador del daño es la causa más próxima, en este sentido no hay concurrencia de culpas.

## RESUMEN

La presente investigación abarca la responsabilidad de las instituciones financieras sobre los daños causados por las cosas cuando la mera tenencia de los activos ha sido entregada a los consumidores financieros mediante contratos de leasing o de arrendamiento financiero. Nuestro sistema legal romántico trae como presupuesto la responsabilidad del propietario al recoger la teoría del riesgo. En la evolución histórica de lo que en la actualidad conocemos como derecho de bienes y responsabilidad civil, encontramos como respuesta inicial la presunción de responsabilidad en cabeza del propietario, es decir el propietario siempre respondería por los daños ocasionados por las cosas como una traducción del sistema de *culpa in vigilando y culpa in eligendo* que en últimas es la responsabilidad por el debido cuidado que deben realizar los propietarios de las cosas. Sin embargo, diferentes fuentes jurídicas han otorgado soluciones entre estas se encuentra la imposibilidad jurídica; tesis que parte del principio que nadie está obligado a hacer lo imposible.



**Palabras Clave**: responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, bienes, leasing

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo delimitará los efectos de la imposibilidad jurídica como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento jurídico; concretamente en la responsabilidad del propietario cuando tiene como única finalidad ser dueño como garantía para el financiero de activos o bienes productivos.

El contrato de Leasing, es un contrato atípico[1] innominado sin mayor regulación por lo presente esta figura presenta varios problemas y uno de los principales es el rompimiento del dogma que el *dominus* responde por los perjuicios ocasionados por la cosa.

Por lo anterior, iniciamos el presente documento haciendo mención que desde los inicios de la constitución de nuestro sistema de responsabilidad, se ha debatido sobre quiénes son los responsables por los daños o perjuicios que ocasionen los bienes, en el marco de la responsabilidad extracontractual.

Como resultado de la disputa por determinar un régimen sobre la responsabilidad por hecho de las cosas, nuestro sistema legal determinó, que sería el propietario quien responderá solidariamente (con quién ejerció la actividad peligrosa) por los daños que ocasionen los bienes.

[1] Existe una visión diferente en el gremio colombiano de instituciones financieras que prestan o realizan el contrato de leasing, estas consideran que si es un contrato nominado y típico puesto que la figura representa y posee un marco regulatorio. "¿Es el leasing un contrato atípico? El Decreto 913 de 1993 definió en su artículo 2º el leasing financiero con base en las costumbres y prácticas mercantiles vigentes para entonces, de la siguiente manera: "Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega, a título de arrendamiento, de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra". Para una parte de la doctrina nacional, de esta forma quedó tipificado en la legislación colombiana el contrato de leasing financiero. Sin embargo, para otros, la normativa en la materia es bastante precaria, lo que nos lleva a concluir que esta insuficiencia legal impide calificar como típico el contrato de leasing, toda vez que el legislador no ha reglamentado el contrato con la especificidad requerida, suficiente como para darle cuerpo de contrato típico, sin que ello signifique que se desdibuja la naturaleza independiente y especial de este contrato frente a otras figuras contractuales. Fedeleasing acoge la posición de que el leasing es un contrato típico. Al leasing operativo o arrendamiento sin opción de compra, lo equipara la norma con el arrendamiento y remite a sus disposiciones todo lo relativo a esta modalidad de leasing." (AUTORES VARIOS) FEDELEASING. Manual jurídico de leasing, Alvear editores, Bogotá, 2010, pp, 18-19.

Esta adopción se encuentra implementada por los artículos 2355 (daño causado por cosa que cae de edificio) y 2356 (responsabilidad en actividades peligrosas) del Código Civil Colombiano, y así mismo desarrollada en las diferentes jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, entre otras instituciones del país. Las cuales se analizaran a lo largo del desarrollo de esta investigación.

No obstante, durante los últimos los últimos 40 años han surgido una serie de nuevos contratos que se implementaron a nivel global para soportar nuevas relaciones económicas, entre ellos se encuentra el LEASING o ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Es de señalar que, con el advenimiento de este contrato como una de los principales operaciones de las sociedades de intermediación financiera, este se ha desarrollado y evolucionado, dando génesis a diferentes categorías de Leasing, pero que en últimas gozan del mismo tratamiento jurídico en materia de responsabilidad.

El contrato de Leasing se reguló en nuestro país por el Decreto 913 de 1993 y en el cual una compañía de financiamiento o establecimiento bancario hace "...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 el plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra..."[2].

De acuerdo al anterior postulado, la compañía leasing es quien adquiere los activos necesarios para entregarlos a un locatario y que este último pueda ostentar la mera tenencia. En principio se podría llegar a pensar que es el propietario que en este caso es el intermediario financiero quien respondería por los perjuicios que cause el activo dentro del marco legal y contractual.

Sin embargo, la anterior tesis plantea un problema y es la imposibilidad del ejercicio del contrato de Leasing, ya que las entidades financieras pudiesen no estar dispuestas a responder por los perjuicios que causen sus bienes estando en manos de un locatario o arrendatario financiero, por lo cual preferirían no realizar o ejecutar contrato alguno. Pensemos en un accidente de un automotor que se encuentra financiado mediante la figura de leasing y el cual causa perjuicios a

[2] DECRETO 913 de 1993, p. 1

terceros o del incumplimiento de un inmueble en el pago en los cánones de administración.

En este punto es necesario preguntase, si el contrato de Leasing en nuestra legislación puede estar consignado como un eximente de responsabilidad dentro del marco de la responsabilidad colombiana, esto con el fin de ver si existe una salida que evite incurrir a la instituciones financieras en la no prestación del servicio de Leasing.

Finalmente, es de mencionar que conforme a la jurisprudencia nacional y la doctrina emitida al interior de nuestro país se ha establecido someramente que el arrendador al desprenderse del uso de las cosas, eventualmente no respondería por los perjuicios ocasionados por sus activos; en este sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

"Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tienen su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder. También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está , en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado." (subrayado fuera del texto original)[3]

Es por lo anterior, que podría constituirse una especie de eximente de responsabilidad cuando se entregan los activos del contrato de leasing; por lo presente, es necesario plantear cuales son los alcances, límites y la evolución de la responsabilidad en el ejercicio de estos contratos por parte de las instituciones financieras.

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrado Ponente: Dr. Horacio Montoya Gil, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 2419 del 16 de julio de 1985.

# 1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

## 1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Históricamente se ha debatido sobre quién debe realizar los daños ocasionados por las cosas, inicialmente se presumió que los propietarios de las cosas debían de responder por las mismas; en el caso de los daños ocasionados por los activos entregados en leasing, la presunción inicial señaló a las compañías de financiamiento como las eventualmente responsables por los daños ocasionados. Por lo presente el problema jurídico a resolver es

## 1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la responsabilidad de las instituciones financieras por los daños ocasionados por los activos objeto de los contratos de leasing?

## 2. JUSTIFICACIÓN

El contrato de leasing es un mecanismo de financiamiento el cual tiene una función económica importante en cada país puesto que permite realizar procesos de actividades en la económica que se traducen en la generación de riqueza.

El contrato de Leasing regulado por el Decreto 913 de 1993 estableció su concepción como aquella figura en el cual una compañía de financiamiento o establecimiento bancario hace "...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 el plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra...".

Sin embargo, este contrato posee un problema y es que en la evolución histórica de lo que en la actualidad conocemos como derecho de bienes y responsabilidad civil, encontramos como respuesta inicial la presunción de responsabilidad en cabeza del propietario, es decir el propietario siempre respondería por los daños ocasionados por las cosas como una traducción del sistema de *culpa in vigilando y culpa in eligendo* que en últimas es la responsabilidad por el debido cuidado que deben realizar los propietarios de las cosas. Por lo cual se parte de la base inicial que los propietarios de los activos entregados en leasing son los responsables por los daños ocasionados.

Esta situación ha generado grandes dificultades en la reclamación de los perjuicios ocasionados por los hechos de las cosas, la razón principal es que el contrato de Leasing es una forma de realizar negocios cada vez más habitual, con lo cual cada día existen más eventos de responsabilidad.

Es de recalcar que las causales de exoneración de responsabilidad dentro de nuestro ordenamiento para el locador o arrendador son muy limitadas y obedecen a estrictas causales otorgadas y reconocidas en nuestra legislación.

Esta situación, hace que la defensa de quienes desarrollan el objeto social de leasing sea costosa, larga y tortuosos, siendo hoy necesario encontrar nuevas soluciones que permitan dirimir estos procesos sin la implicación de asumir costoso innecesarios.

Más procesos significan más costos de transacción (costos de defensa) que asumen los locadores o arrendatarios en aras de no responder por dichos hechos, es de señalar que estos costos de los procesos se trasladan necesariamente a los usuarios del sector financiero con lo cual se ocasiona un incremente en los productos financieros lo cual se traduce en: i) servicios financieros más costosos y menor competitividad del país.

Es un hecho casi el retraso de nuestros procesos jurídicos en cualquiera de las competencias y ante cualquier instancia, en la actualidad Colombia posee uno de los peores records la dilación en el mundo, es por ello que estudiaremos a fondo las respuestas dadas a través del derecho y expondremos nuestra justificación bajo la tesis de la imposibilidad jurídica como criterio exoneración de la responsabilidad de las entidades financiera.

# 3. OBJETIVOS

## 3.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer la imposibilidad jurídica como causal de exoneración de la responsabilidad para las instituciones financieras de los daños ocasionados por los activos entregados en la celebración y ejecución de los contratos de Leasing.

## 3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Fijar los alcances de la responsabilidad de las cosas para los dueños.

- Determinar la teoría de los estatutos especiales como límites a las actuaciones de las instituciones financieras que realizan contratos de leasing.

- Desarrollar, analizar y ubicar los bienes en el desarrollo y ejecución de los contratos de leasing.

# 4. CONTRATO DE LEASING

## 4.1 VOCABLO DE LEASING

El concepto de leasing es un extranjerismo aceptado en nuestro idioma y cuya traducción se refiere a un contrato de "Arrendamiento con opción de compra del objeto arrendado";[4] concepto altamente generalizado y aceptado en la actualidad.

Sin embargo, es necesario hacer una precisión, desde la puesta en vigencia del arrendamiento financiero se han realizado diferentes modificaciones a esta acepción, las cuales crearon categorías gramaticales importantes, tanto jurídicas como económicas, introduciéndose vocablos importantes, como los son el de leasing operativo y el leasing financiero.

Lo anterior, lleva a concluir inicialmente al vocablo de leasing como un género el cual abarca varias y diferentes especies de contratos de leasing, teniendo cada una de sus especies connotaciones particulares. Por lo cual inicialmente definiremos el concepto de leasing y cuáles son sus subclases.

Pero tal situación es un desgaste en virtud a la realidad mundial, hoy en día se ha aceptado el contrato de leasing como la figura de arrendamiento con opción de compra (figura similar al arrendamiento financiero o leasing financiero)[5]. Es de recalcar y reiterar que la diferencia entre el leasing financiero y el leasing operativo consiste en un arrendamiento pero en el cual no hay opción de compra mientras en el leasing financiero si existe desde el inicio del contrato el pacto de opción de compra, otra de las diferencias recalcadas consiste que en muchas legislaciones

---

[4] DICCIONARIO DE LA REAL LENGUA ESPAÑOLA, Madrid, edición número 22, año 2001.

[5] "La operación leasing puede definirse como: una nueva fórmula de financiación del equipamiento de las empresas, mediante la cual éstas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiera o sociedad de leasing, a cuyo fin ésta adquiere la propiedad del bien, sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de un tiempo, a dicha propiedad o continuaren el uso el bien La descripción de la operación puede hacerse en varios momentos identificables así: a. Estamos en presencia de un empresario necesitado de bienes de equipo o de inmuebles para su actividad. Tiene, el potencial tomador leasing, plenamente identificados los bienes que requiere para su empresa. La operación leasing nace en el momento en que aparece una necesidad que el sistema puede atender. Esa necesidad puede ser de diferente naturaleza, por ejemplo: necesidad de ensanche; necesidad de capital de trabajo; necesidad de renovar equipo, e incluso, hasta la fundación de un negocio nuevo. b. El empresario se presenta a la sociedad leasing y plantea su necesidad de bienes de equipo. La dadora leasing estudia la actividad del empresario y decide darle el apoyo financiero." ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos, Editorial Dike, séptima edición, Bogotá, 2008, p. 141.

el leasing financiero ésta autorizada para ciertas entidades en cambio el libre leasing operativo no tiene esta restricción.

Por lo anterior es pertinente aclarar que los conceptos de leasing y leasing financiero se confunden y por ende son utilizados ambos términos para denominar el arriendo con opción de compra. Ahora bien, en contrario sensu se denomina por leasing operativo a aquella figura de arrendamiento carente de una opción de adquisición y por general se suele estudiar esta figura dentro del contrato de leasing y como una subespecie del leasing o como una modalidad del leasing financiero.

Para este escrito leasing, leasing financiero y arrendamiento financiero tendrán la estructura de un arrendamiento con opción de compra.

Desde ya se advierte que no será objeto de estudio la figura de leasing operativo[6] como una subespecie del leasing financiero o arrendamiento financiero, aunque se pronunciará sobre ella por su similitud.[7]

## 4.2 CONCEPTO DE LEASING[8]

El concepto de leasing tiene su aparición en el mundo de los negocios en la década de los cincuenta del siglo xx[9] desde ese momento el leasing se expandió

[6] "(…)Conforme al precepto antes transcrito, surgen las siguientes preguntas de rigor: ¿qué es, entonces, el leasing operativo?, ¿es en realidad una operación de leasing o se trata de un simple contrato de arrendamiento sin connotación especial alguna? Este es un tema que se ha planteado desde el origen del leasing y respecto del cual no existe suficiente claridad. A la luz de nuestro ordenamiento jurídico, en la forma como el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010 concibe el leasing operativo, forzosamente debemos concluir que se trata de un contrato de arrendamiento sin connotaciones jurídicas especiales. Desde esta perspectiva, no existe diferencia alguna entre esta modalidad de contratación y la conocida con el nombre de renting; de hecho, habría que decir que en Colombia el leasing operativo y el renting son la misma cosa…" BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. El leasing habitacional : instrumento para financiar la adquisición de vivienda, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá,2014. pp. 75 y 76.

[7] En un sentido similar FARINA J. Manuel Contratos Comerciales Modernos, Editorial ASTREA, Buenos Aires, p. 528. "En nuestra opinión, el leasing operativo y el leasing financiero son dos contratos distintos, aunque ambos prestan similares ventajas para el tomador del leasing."

[8] Si bien es cierto que existen antecedentes remotos de la figura leasing, en este trabajo nos referiremos al negocio jurídico originado en los Estados Unidos en el marco de operaciones que se dio con la Creación de la Coorporation Leasing América.

alrededor del mundo y como todos los contratos que tienen un alto nivel de innovación financiera[10], su regulación es posterior a su asimilación y acogida en el mundo de los negocios.

Desde ese entonces hasta la fecha de hoy se han realizado fuertes intentos para unificar los elementos que componen el contrato leasing y los elementos que distinguen esta figura de otros negocios jurídicos. Es de anotar que el leasing ha estado en constante evolución y por ende su significado y características han variado en el tiempo.

En el intento de hallar o encontrar una definición común del contrato de leasing revelamos que en la actualidad existe un consenso en la mayoría de los elementos que definen al mismo. También es preciso anotar que la definición de leasing no depende exclusivamente de las ciencias jurídicas, puesto que las ciencias financieras y económicas tienen una gran influencia en la definición de este contrato, puesto que estas operaciones son las que han moldeado y creado la estructura del contrato de leasing.

Ahora bien, los albores del contrato de leasing y a lo largo del siglo xx existieron serías discusiones sobre cuáles eran las características propias de este negocio jurídico. Al producirse diferentes roces por las fuertes discrepancias[11] entre su

---

[9] Aunque existen disputas sobre cual fue la operación que dio originen el contrato de leasing, existe unidad al mantener que el leasing se originó en Estados Unidos aproximadamente en el año de 1952 con la creación de la COOPORATION LEASING AMERICA. " COILLOT, JACQUES, *El Leasing,* Editorial Mapfre, 1974, segunda edición, pág. 4"

[10] "Ante los temores de sus socios para expandir la empresa, Boothe decide vender su parte y crea una nueva empresa en San Francisco, la Boothe Leasing Corporation, que se .capitaliza mediante la colocación de acciones entre el público. Para 1961, la empresa tenía 2.700 clientes y sesenta y seis millones de dólares en contratos vigentes. Con las experiencias de Boothe surgió una nueva modalidad de leasing donde aparecen los intermediarios financieros entre vendedores y arrendatarios de maquinaria, modalidad que hoy se conoce con el nombre de leasing financiero. El desarrollo del leasing en los Estados Unidos fue arrollador, los bancos y entidades financieras tomaron interés en la operación y en menos de diez años se establecieron 800 sociedades dedicadas a la actividad. Muy pronto la práctica del leasing se extiende a otros países. En Europa, Inglaterra fue el primer país en practicar el leasing, luego Francia. Hoy en día existen compañías de leasing en todos los países industrializados. El leasing ha contribuido y sigue contribuyendo a la democratización económica al permitir a los empresarios, cada vez más, el acceso a los bienes de capital para el desarrollo de sus actividades y, además, ha sido el motor del establecimiento de diferentes modalidades de transporte masivo." ARRUBLA PAUCAR, Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos, Op. cit., p. 138

[11] Para señalar un caso de las diferencias conceptuales sobre el concepto de leasing, podemos ver la definición que realizó la federación de sociedades de leasing colombiana FEDELEASING en el año de 1993 la cual entendía que "los cánones en el leasing financiero incluyen una parte del precio del derecho para ejercer la opción de adquisición" diferente al concepto que se emitió en el manual jurídico del año 2010 el

concepción, regulación y aplicación al interior de cada uno de los países en donde existe la mencionada figura, se realizó un intento por homogeneizar las características de este contrato.

En el intento de hallar o encontrar una definición común del contrato de leasing revelamos que en la actualidad existe un consenso en la mayoría de los elementos que definen al mismo.

Es así que estos esfuerzos convergieron en un concepto general de leasing, la cual tiene su fuente jurídica en la convención de Ottawa de 1988, norma que brindó unas pautas internacionalmente aceptadas sobre contrato de LEASING, al respecto el profesor LISSANDRO PEÑA realiza la extracción de la convención bajo la siguiente denominación:

El leasing queda jurídicamente definido como una operación de carácter sui-generisis, tripartita, en virtud de la cual, una parte, (la compañía de leasing), conforme a las especificaciones de otra parte (el usuario), celebra un contrato (el contrato de adquisición), con una tercera parte (el proveedor), en virtud de la cual la compañía de leasing adquiera la propiedad de "plantas (incluyendo inmueble), bienes de capital u otros equipos, de acuerdo con los términos aprobados por el usuario, en la medida que concierne a sus interés, y la primera parte, es decir, la compañía de leasing, celebra otro contrato () el contrato de leasing) con el usuario, cediéndole a éste el derecho al uso de tales bienes, a cambio del pago de unas rentas.[12]

La anterior composición gramatical es altamente aceptable, la cual entiende por leasing el contrato mediante el cual una persona llamada arrendador le entrega el

---

cual señala que el leasing financiero es "leasing financiero es un contrato en virtud del cual una compañía de financiamiento, denominada LA LEASING, entrega a una persona natural o jurídica, denominada EL LOCATARIO, la tenencia de un activo 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, a cuyo vencimiento el locatario tendrá derecho a adquirir el activo por el valor de la opción de compra." como pueden ver en la primera definición el canon amortiza la opción de adquisición mientras en la segunda definición la adquisición del activo se da cuando el locatario haya pagado la opción, valor o rubro diferenciado del pago de los cánones y por ende el pago de los cánones no se destina amortizar el precio del bien. FEDELEASING. Manual Jurídico de leasing. El leasing en 100 respuestas, Santa fé de Bogotá, 1993, pp. 7 y 8. Fedeleasing. Manual jurídico de leasing, Alvear editores, Bogotá, 2010, p.33..

[12] PEÑA NOSSA, Lisandro. Contratos mercantiles nacionales e internacionales, 2da. ed. ECOE ediciones, año 2006, p. 496.

uso y goce[13] de un activo a otra llamada arrendatario, para que esta al final del contrato ejerza o no una opción de adquisición.[14]

[13] "El grupo de los derechos reales limitados conocidos tradicionalmente con el nombre de derechos reales de goce (y más modernamente con el de derechos de disfrute) comprende los derechos de usufructo, uso, habitación, censos, servidumbres y superficie. Si recordamos que, conforme al artículo 348 del Código Civil, las facultades dominicales fundamentales son las de gozar y disponer de la cosa, se comprenderá en seguida que: a) Los derechos reales a que nos referimos han de afectar a la facultad de correspondiente al propietario: contar con el uso y utilización de la cosa a disponer de ella en sentido material, hacer suyos los frutos que produzca. etc. Es preferible en Derecho español mantener la terminología tradicional de derechos de goce. por ser más acorde con el precepto fundamental dedicado por el Código Civil a describir en qué consiste la propiedad privada. En cuanto derechos reales, los de goce presentan las notas propias de aquéllos de alcance general, afección o inherencia a la cosa, eficacia omnes o reipersecutoriedad, etc.), al tiempo que resalta en ellos un altísimo componente posesorio (goce, usa y disfrute, total o parcial del bien) ausente de los demás derechos reales limitados, como veremos en los capítulos siguientes. Dicho componente posesorio es un dato inherente a la categoría de los derechos de goce, en cuanto derivación de la restricción de la facultad de gozar propia titular dominical. Esta última y derechos de goce juegan con el fiel de la balanza: Cuanta mayor sea cl contenido del derecho real de goce más restringida vera el propietario su facultad de gozar (en el usufructo queda virtualmente anulada; en la servidumbre queda tangencialmente afectada).Hablando en términos generales, los derechos de goce pueden encontrar su origen en la ley o constituidas de forma voluntaria por el propietario. En este último caso, su razón de ser económica es muy sencilla: el dueño dejación o cede su facultad de gozar efectivamente la cosa, a cambio determinada precio (es lo más frecuente; la constitución a titula oneroso por un deseo de beneficiar a cualquier persona, llevado por altruismo (constitución a título gratuito)- Los supuestos de origen legal se fundamentan en razones muy diversas que han de determinarse casuísticamente. A los derechos reales de goce (sea por la razón que sea) el propietario, en base a la elasticidad del dominio, recupera la facultad de gozar que hasta entonces tenía restringida. Se dice entonces técnicamente, que se ha producido la consolidación: el propietario reasume la plenitud de facultades dominicales." LASARTE, Carlos. Propiedad y derechos reales de goce, quinta edición, editorial Marcial Pons, Barcelona, p. 17.

[14] Al respecto encontramos en la literatura latinoamericana los siguientes conceptos altanamente equiparables o similares con en la narración la obtenida de la convención de Ottawa de 1985 ASURMENDI, C. S. (2007). LA OPCIÓN DE COMPRA editorial DYKISON, Segunda edición MADRID. "El contrato de arrendamiento financiero tiene por objeto la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, que para dicha finalidad han sido adquiridos por la entidad financiera según las especificaciones del futuro usurario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas. Es contrato incluye necesariamente a su término, una opción de compra en favor del usuario. Al finalizar el plazo pactado, el arrendatario podrá ejercitar la opción de compra por el precio residual convenido adquiriendo el bien, o no ejercitarlo, en cuyo caso, devolverá el bien al arrendador.", SOLAR ORTÚZAR, Antonio El Contrato de Leasing. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile pág. 22 definió "el contrato cuya virtud una empresa de leasing da en arrendamiento un bien determinado que ha elegido un usuario y que ésta adquiero para tal propósito, obligándose el arrendatario a pagar un canon periódico, por un tiempo determinado e irrevocable, en que ha asumido el arrendatario todos los tientos y gastos de conservación e la cosa durante la vigencia del contrato y estándole permitido a su finalización optar por su adquisición a un precio predeterminado, renovar el contrato en las condiciones que se acordaren o restituir el bien." MONLLOR DOMÍNGUEZ, J. Economía, Legislación Y Administración De Empresas. Murcia: editorial Universidad de Murcia. "Una operación Leasing es un tipo de operación financiera a Medio o Largo Plazo (SIC), llevada a cabo por instituciones especializadas y cuyo fundamento jurídico radica en una especie de contrato de arrendamiento de bienes con opción de compra." pág. 195 SANDOVAL LÓPEZ, Operación De Leasing (1 ed.). Santiago de chIle: Editorial Jurídica de Chile. p. . 14-15 "la persona que desea obtener el uso y goce de un bien de capital productivo, acude a una empresa de leasing para que esta lo adquiera del fabricante o del proveedor y le ceda su uso por el tiempo convenido, a cambio de una contraprestación en dinero, que paga fraccionadamente y que asciende al valor que la empresa de leasing pagó al fabricante, incrementada en los gastos intereses y utilidades, reconociéndoles al usuario la

Esta construcción conceptual ha sido acogida ampliamente en diferentes ordenamientos jurídicos extranjeros e internacionales, verbi y gracia Traemos a colación el concepto traído por la doctrina argentina que señala:

> El leasing financiero tiene por objeto la cesión en uso y goce a un sujeto por lo general un empresario de bienes muebles o inmuebles, por parte de otro sujeto la empresa de leasing (una entidad financiera)que le adquiere o lo hace construir por un tercero bajo expresa indicación del primero, con el fin de cederlos en uso. El usuario se compromete a abonar a la empresa de leasing (entidad financiera) un canon periódico corno equivalente de dicho uso y goce. Es facultad del usuario convertirse en propietario de los bienes lacados, al vencimiento del período convenido, contra el pago de un precio residual predeterminado, si bien esto no es esencial en el leasing financiero tomador del leasing"[15]

Por lo anterior, una vez aproximado el contrato de leasing financiero a un contrato con unas generalidades uniformes, es necesario adentrarnos en el para buscar desentrañar cada uno de las dinámicas contractuales, operativas y características que lo compone.

### 4.3 NATURALEZA

Al referirnos sobre la naturaleza[16] del contrato de leasing debemos de remontarnos a los orígenes del contrato mismo. Su lugar de origen fue en la década de los cincuenta del siglo XX en Estados Unidos como mecanismo de financiamiento de operaciones, es de señalar, que desde ese momento fue acogido como un contrato que permitía adquirir activos productivos de alto costo.

---

facultad de adquirir el dominio del bien, en una época estipulada, pagando el precio establecido, en el cual se consideran, en parte, los pagos realizados como renta de arrendamiento."

[15] FARINA J. Op. cit., p. 526.

[16] "Background information Leasing is a popular financing option for companies. However, the way leasing transactions have been structured in the past has caused major variations in the presentation of financial statements. There have been two leasing options available to companies: • Financing lease — used to finance equipment for the major part of its useful life, when there is a reasonable assurance that the lessee will obtain ownership of the equipment by the end of the lease term • Operating lease — used to finance equipment for less than its useful life, and at the end of the lease term the lessee can return the equipment to the lessor without further obligation" YOUNG, Paul, International Accounting Standard 17 (IAS 17): Leases, 2011, http://www.cga-pdnet.org/Non_VerifiableProducts/ArticlePublication/IFRS_E/IAS_17.pdf

Para esta operación se constituyeron entidades especializadas de leasing quienes son las que realizan el financiamiento.

Por lo anterior, el contrato de leasing es un contrato de naturaleza financiera[17] con las características y restricciones propias que implican ejercer esa actividad. Más adelante nos pronunciaremos a profundidad sobre las puntualidades propias del ejercicio financiero.

Aunque es claro que el contrato de leasing es un contrato de financiamiento ha venido siendo asimilado a una especie de crédito y por lo tanto se le ha otorgado al contrato de leasing una connotación de crédito o de operación de crédito. Si bien es cierto la actividad de crédito se encuentra estrechamente ligada al concepto de financiamiento desde ya enfatizamos que ambos conceptos tienen una amplia diferencia.

La acepción financiamiento hace alusión a la actividad que realizan ciertos agentes económicos quienes para sus operaciones reciben, captan o se fondean con recursos del público superavitario para colocarlos los excesos de liquidez a sujetos u agentes económicos deficitarios. Esta práctica es conocida como intermediación financiera. Al respecto reiteramos el concepto que emite el profesor Luis Fernando López roca quien esboza:

> En las economías descentralizadas el sistema financiero es el principal instrumento de canalización del ahorro hacia los proyectos de inversión. Las unidades superavitarias esto es, aquellas cuyos ingresos corrientes son superiores a sus gastos corrientes y de inversión, pueden trasladar en forma directa o indirecta sus excedentes hacia las unidades deficitarias, es decir, hacia aquellas respecto de las cuales dicha relación entre gastos e esos está en una situación inversa , por lo tanto, Precisan de fondos. Cuando esta transferencia se hace de manera indirecta, a los bancos, y en general al sistema financiero, se presentan ciertas características que no están en la financiación directa, esto es, cuando la

[17] "Se Entiende por leasing o arrendamiento financiero, credit bail (Francia), locatio financement (Bélgica), como aquella operación, que se desplaza en contrato, por la cual una compañía de financiación, reconocida y autorizada, se obliga a adquirir, dc un proveedor, un bien de capital, mueble o inmueble, ordenado por una persona a quien se le ha de conceder el uso, por un tiempo determinado, asumiendo los riegos y vicios, mediante el pago de una renta que incluye factores de financiación, Con el derecho a adquirirlo al vencimiento del plazo con la satisfacción de una remuneración residual, o restituyendo el bien o vinculándose de otra manera a la tenencia." BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Librería Ediciones del Profesional, 2008, Bogotá, p. 437.

> relación se da de modo directo entre quienes necesitan fondos aquellos que los pueden suministrar44. Es así como en una primera etapa os establecimientos dc crédito —no solo los bancos— reciben los recursos de las unidades superavitarias y contraen para con ellas una obligación —pasivo en términos financieros— al tiempo que estas adquieren un activo financiero generalmente negociable, representado en muchos casos en un certificado de depósito. Como en eso consiste precisamente una parte fundamental del negocio, a esta actividad de captación le sigue una en la cual los bancos y demás establecimientos prestan, a las unidades deficitarias, los dineros anteriormente recibidos en depósito[18].

La forma en que estos agentes ingresan u aportan dichos dineros es mediante actividades propias de colocación, en las cuales una institución intermediaria de servicios financieros toma recursos obtenidos mediante operaciones de captación y los depositan mediante operaciones de colocación.

En el este estado de la investigación plantearemos la siguiente interrogante: ¿operación de colocación por intermediación es una operación de crédito?, y en consecuencia una ¿operación de leasing es una operación de crédito?

Para responder estas interrogantes debemos analizar el significado del vocablo crédito y su connotación es un trabajo tanto o más extenso del que podría envolver este trabajo, razón por la cual cualquier aproximación a una definición de la misma se encuentra por fuera del propósito de nuestra labor.

Sin embargo, tomaremos la definición que trae el profesor MANUEL JOSÉ ALVAREZ DIDYME-DOME nos parece acertado en cuanto trae los elementos básicos de la composición crédito, al respecto se señala:

> Jurídicamente, el término crédito se aplica por igual al derecho que tiene el acreedor, acreditado, para exigir del deudor, acreditado, lo prestado y los intereses pactados en virtud de un negocio jurídico de crédito, como al documento con el cual se acredita o justifica ese derecho. Este concepto igual comprende la traslación de propiedad de un bien tangible, como en el contrato de mutuo comercial, que la transmisión de un valor económico intangible, como en el aval o en la asunción de una obligación por cuenta del acreditado[19].

---

[18] LÓPEZ ROCA, Luís Fernando**,** *El principio de la igualdad en la actividad financiera*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 43.

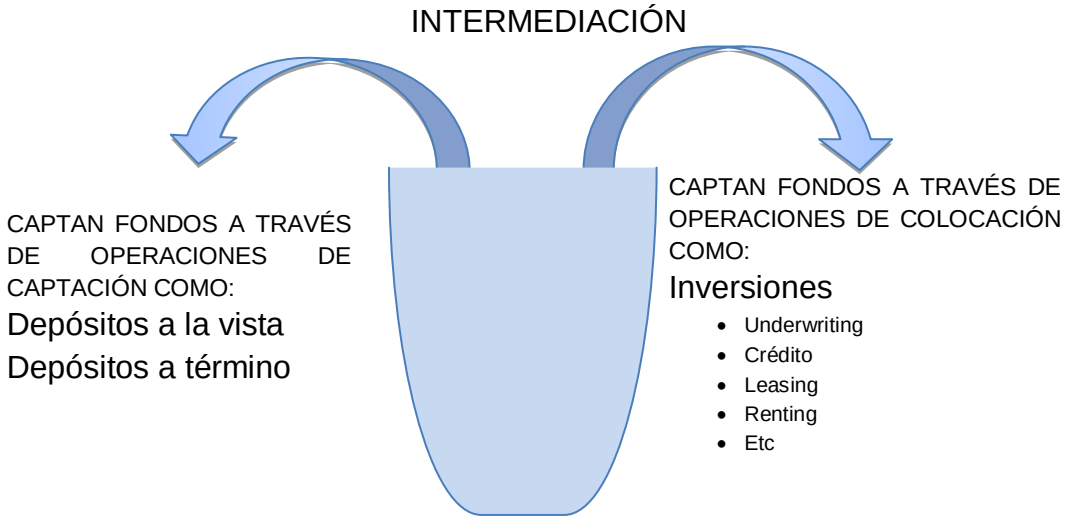
[19] ALVAREZ DIDYME-DOME, Manuel José**.** *Contratos mercantiles,* editorial Universidad de Ibagué, año 2012, p. 153

De las anteriores definiciones podemos obtener grandes y marcadas diferencias entre las operación de crédito y de leasing; el crédito solo puede ser desarrollado por cualquier ente con capacidad jurídica para obligarse, denótese que ni siquiera tiene que ser un sujeto de derecho, puesto que los patrimonios autónomo, patrimonios independientes, los entes territoriales y demás instituciones pueden obligarse a entregar créditos, situación que contrasta profundamente con el leasing, en este caso solo puede ser prestada por entes especializados y autorizados por el estado, sobre este punto lo analizaremos más adelante cuando revisemos el tema de los estatutos especiales.

El crédito tiene como objeto principal el dinero o bienes similares al dinero, como es el caso de las divisas, unidades de cuenta o cuasi dineros. En el Leasing la operación versa sobre activos de producción. Finalmente en el crédito la entrega se hace a título de posesión mientras que en el contrato de leasing se hace a título de mera tenencia.

Por los argumentos aquí expresados se concluye que una operación de crédito no se confunde con la de colocación. Pues el crédito es una actividad de colocación, pero no toda actividad de colocación es de crédito.

**Figura 1. Intermediación**




Fuente: Las Autoras

En este orden de ideas una primera aproximación es la de señalar que el leasing Financiero no es una operación de crédito puesto que no reúne las características del mismo.

Precisando tenemos que el leasing si es una operación de colocación, solo puede ser ofrecida por entidades especializadas, su fondeo[20] proviene de recursos captados del público mediante depósitos a la vista o a término fijo, requiere aprobación previa del estado y versa sobre bienes no fungibles.

**Cuadro 1. Diferencias entre el contrato de Crédito y Leasing**

| T | Crédito | Leasing |
|---|---|---|
| SUJETO | Cualquier ente o sujeto de derecho en capacidad de contraer obligaciones. | Aplicación de teoría de los estatutos especiales, únicamente la entidades autorizadas por el Estado. |
| OBJETO | Bienes, activos tangibles y fungibles. | Activos de alta. |
| TITULO DE TRANSFERENCIA | Entrega del derecho de dominio. | Entrega a título de mera tenencia. |

Fuente. Las Autoras

**4.3.1 Naturaleza del contrato de leasing en Colombia.** Pese a las diferencias aquí anotadas, en nuestra Nación las operaciones de leasing han sido asemejadas a su interpretación como contratos de crédito y arrendamiento por la similitud entre sus figuras, sin embargo, como lo dejamos claro, ambas figuras obstan de una gran diferencia.

[20] "La existencia de mercados e instituciones privadas y públicas que proveen mecanismos de fondeo -i.e. la transformación de ahorro de corto plazo, generado en el proceso de crecimiento, en fuentes de financiamiento de largo plazo- es, por tanto, una condición necesaria, aunque no suficiente, para un proceso de crecimiento y desarrollo sostenible. Resumiendo, los conceptos de financiamiento y fondeo, producto del debate de Keynes y de los economistas que sustentan la teoría de los Fondos Prestables, son elementos centrales para entender el financiamiento de largo plazo en el contexto de un mundo incierto, teniendo como eje los desajustes en la estructura de vencimiento. La existencia de mecanismos financieros (instituciones y mercados) para resolver este problema se vuelve una precondición para un crecimiento económico sostenido (financieramente). Los sistemas financieros se componen por un gran número de instituciones y mercados a través de los cuales se socializa el riesgo. Su eficiencia en mantener un crecimiento sostenido se relaciona con la existencia y la fortaleza de sus mecanismos de financiamiento y fondeo de la inversión." (Autores VARIOS)LEVY ORLIK Noemí. Globalización financiera e integración monetaria: una perspectiva desde los países en desarrollo, editorial UNAM, 2002, p. 297.

Aunque es de precisar que si bien se puede interpretar residualmente el contrato de leasing como una operación de crédito, lo que no es jurídicamente viable es manifestar que esta figura es de crédito (así sea de manera indirecta) o que dicha operación tiene implícita una función económica de crédito.

Desafortunadamente una posición dirigida a asimilar la figura crediticia con el arrendamiento financiero se ha presentado, bien confundiendo la figura de leasing y del crédito. Al respecto señaló la Superintendencia Financiera:

> En otras palabras, si a la expresión "Crédito" se le da el alcance o significado restrictivo de "contrato de Mutuo", fuerza concluir que el leasing financiero no configuraría una operación de tal naturaleza. Pero si a dicho término "crédito" le reconocemos su real función económica de "financiación", efectivamente el leasing financiero, como lo resalta la Corte Suprema de Justicia, permite el acceso indirecto al crédito por conducto, en este caso, de las citadas compañías de financiamiento comercial especializadas en este tipo de negocio. (negrillas y subrayado fuera del texto original).
>
> Y en ese sentido, estimamos que la disposición de recursos destinados a la adquisición de bienes que serán objeto del contrato de leasing financiero hace parte de la estructura jurídica de financiación que se otorga al arrendatario, aunque, se insiste, no bajo la estructuración de un contrato de mutuo[21].

El concepto proferido por nuestro ente de supervisión concluye que el leasing por ser un mecanismo de financiamiento tiene una función económica de crédito. Sin embargo eso no significa que sea un crédito.

Existen en la actualidad muchos mecanismos de financiamiento que se encuentran aislados y muy diferenciados del crédito en amplio y estricto sentido. Para el caso basta mencionar con la operación de colocación de acciones en el mercado primario.

Una empresa que requiere financiamiento acude a la emisión de valores dentro del mercado bursátil, para ello emite bien sean bonos o acciones y con ello logran su financiamiento una vez un interesado acude a comprar dichos títulos. Como vemos hay una operación de financiamiento pero de jamás existe o existirá directamente una operación de crédito.

[21] SUPERINTEDENCIA FINANCIERA**.** Concepto número, 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012.

Aunque el órgano de supervisión de las instituciones financieras y de mercado de capitales definió al contrato de leasing como una operación de crédito y no como una operación de colocación, lo cual para nuestro criterio es errado, es atinado señalar que en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1990, realizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se hizo una tajante aclaración de que el leasing no posee esa naturaleza. Al respecto se señala:

> Sociedades de leasing: Las sociedades de leasing manejan una técnica altamente especializada que supone el empleo de un contrato no crediticio; para el logro de un propósito financiero, que permite un ágil uso de legítimas ventajas fiscales. De esta manera, se facultaría a la banca realizar actividades de leasing a través de filiales que pudieran desarrollar de mejor forma el conocimiento particular de los mercados de bienes de equipamiento y de mercados de segunda, si por Iniciativa de los propios administradores bancarios esta resulta la forma más racional y operativamente viable para llevar a cabo con este contrato lo cual no obstaría para que en determinadas circunstancias y previas las autorizaciones que sobre el efecto puedan impartirse a través de las facultades del Gobierno, se considere la posibilidad de que el leasing pueda ser celebrado directamente por los establecimientos de crédito (Negrilla y subrayado fuera del texto original)[22].

Por lo anterior, solo nos basta decir que el contrato de leasing es una operación de financiamiento y en ningún caso deberá ser confundido con un contrato de crédito.

**4.3.2 Naturaleza de los bienes.** Retomando las principales conclusiones del capítulo anterior, sostuvimos que la diferencia entre las cosas y bienes es que la segunda clasificación (bienes) es una de las especies de las cosas, y que se entiende por bien todas aquellas cosas que son susceptibles de ser adquiridas porque incrementan el patrimonio de los sujetos jurídicos.

En concatenación, conforme a la anterior aseveración la pregunta es si todos los bienes pueden ser objeto del contrato de leasing o por si el contrario los activos que pretendan ser el objeto de un contrato de leasing tiene que tener unas características especiales.

[22] MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Nuestro punto de partida en la clasificación de bienes se encuentra en la definición de arrendamiento con opción de adquisición descrita en la Convención[23] de UNIDROIT (convención de Ottawa) Sobre Arrendamiento Financiero[24] Internacional:

Artículo 1

1. La presente Convención regirá las operaciones de arrendamiento financiero internacional que se describen en el párrafo 2, en las cuales una parte (el arrendador),

(a) conforme a las especificaciones de la otra parte (el arrendatario), celebra un contrato (el contrato de suministro) con una tercera parte (el proveedor), en virtud del cual el arrendador adquiere instalaciones, bienes de capital u otros equipos (el equipo).

Esta definición internacional acogida en la mayoría de países supone que el financiamiento mediante el contrato de leasing abarca bienes de capital u otros equipos.

Encontrar una definición universal de bienes de capital y otros equipos no es una tarea sencilla puesto que algunos activos pueden tener esta connotación según el criterio o significado dado por un autor o una legislación determinada.

[23] La convención es una fuente del derecho internacional en la cual uno o varios países realizan o emana declaraciones que si bien no son obligantes si sirven para dar u orientar determinadas políticas públicas a diferencia de los tratados que son suscritos y ratificados por cada país los cuales si son obligatorios; las convenciones pueden ser o no acogidas e incluso está en la potestad de los ciudadanos de cada país pactarlas o no. "El término tratado es utilizado en su significado general, contenido en el párrafo 1, inciso a. del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 "Se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación". GRANATO, Leonardo. "Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión", http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/185_granato.pdf . p. 18

[24] Por lo demás vale la pena destacar la Convención refiere al leasing financiero de tripartita (arts. 1.1', 3." y dejando operativo por fuera el leasing operativo. La comisión de expertos que redactó dicha convención insistió en la originalidad de la operación leasing." BAENA CÁRDENAS. El leasing habitacional instrumento para financiar la adquisición de vivienda**,** Op cit., p. 77.

Bien de capital no es un concepto propio de las ramas jurídicas, por el contrario, el origen y sus alcances están dadas por las áreas financieras y las ciencias económicas, con lo cual, se entiende por este concepto como: aquellos necesarios para la fabricación de los productos que comercializa una empresa y que componen normalmente su activo.

Esto quiere decir que los bienes de capital son los que me permiten fabricar bienes y servicios, en contraposición, no son bienes de capital los bienes consumibles, en otras palabras todo activo que no sirva para producir no estará dentro de esta categoría.

Adicionalmente, la acepción "**otros equipos"** es un sustantivo que no puede pasarse por alto, porque puede hacer mención a equipos que se utilicen o sirvan para otros fines.

Por equipo se entiende el *c*onjunto de objetos y prendas necesarias para desarrollar una actividad o trabajo, son aquellas herramientas necesarias para realizar una labor.

Es claro conforme a la definición de contrato de leasing traída por la Convención de Ottawa, nos encontraremos siempre a un bien que me permita desempeñar una actividad o que me permita producir activos.

Desde este punto de vista que es el marco internacional empezamos a contraponer esa realidad con nuestro sistema legal, no solo para ver las diferencias, sino además que la figura de bien como la cosa dentro del contrato de leasing ha variado y por ende, el contrato de leasing como se concibió originalmente ha mutuado conforme a las necesidades del mercado.

> El artículo segundo del Decreto 913 de 1993, de nuestra legislación el [que el]contrato de leasing es aquel contrato mediante el cual "[se]...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 el plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra...

La simple lectura de este articulado revela la gran diferencia entre la Convención y nuestra legislación, por una parte la norma internacional restringe a dos clases de bienes los activos que pueden ser parte de la cosa del contrato de leasing a)

bienes de capital y b) otros equipos; mientras legislación es abierta a realizar bienes sobre cualquier clase de bienes.

Siendo evidente el tener que cuestionar los móviles del origen de la distinción, por qué el criterio internacional es más restringido mientras la norma local es más amplia, así como cuáles pueden ser los fundamentos financieros y económicos para tal situación.

La respuesta no es jurídica sino que corresponde a la realidad de los mercados globales, es decir, para mantener la competencia en ciertos sectores de la economía es necesario tener abiertas las posibilidades de financiar ciertos activos por métodos distintos al crédito.

En la génesis del contrato de leasing se consideró que únicamente podían ser objeto del arrendamiento financiero los activos productivos de capital que fueran tangibles. Como se puede el leasing era bastante limitado y no cualquier cosa podía ser objeto del presente negocio jurídico.

Sin embargo, al ponerse la figura en uso y mostrar notables ventajas jurídicas como económicas se comenzaron se comenzó a utilizar el presente negocio jurídico para nuevos activos.

Esta situación en la cual el contrato de leasing cambió para nuevos contratos se e conoció como la crisis de la concepción del contrato de leasing, situación registrada en la literatura jurídica en la cual se entiende que el contrato de arrendamiento financiero servía para el financiamiento de activos distintos de los bienes productivos.

Esta crisis también se evidenció en Colombia y por lo tanto se tuvo que adoptar nuestra figura o concepción de leasing bajo los beneficios globales que hicieron que esta figura se hiciera popular:

**4.3.3.1 Beneficios jurídicos procesales en la recuperación de la obligación.** Para las Compañías Financieras y bancos les da una ventaja al momento de hacer efectiva las acciones judiciales frente al incumplimiento del contrato. En el proceso por incumplimiento del mutuo el acreedor deberá adelantar un proceso ejecutivo ante un juez para solicitar la ejecución y el remate de la prenda la cual está sometida a las reglas de la preferencia de acreedores.

En el leasing la Compañía de Financiamiento adelantará un proceso de restitución, con lo cual el activo vuelve en cabeza de la compañía de financiamiento con lo cual no tiene que hacer parte de la preferencia de acreedores del artículo 2492 del Código civil.

**4.3.3.2 Beneficios económicos**: Dentro de los beneficios económicos se encuentra la posibilidad de financiar hasta el 100% del activo, además de realizar el negocio con entidades especializadas, por ende los trámites de compra, importación nacionalización entre otros son muchos menos costosos por la *how know* [25]que traen estas compañías, esto se traduce en *menores costos de transacción.*

Esta situación llevó a que el contrato de leasing se introdujera en una serie de activos que inicialmente no le eran posible producir, entre ellos se encuentran los activos intangibles e inmobiliarios con destinación a vivienda familiar, los cuales a continuación analizaremos.

## 4.4 CLASES DE LEASING FINANCIERO

En la literatura jurídica se encuentra una tendencia a realizar la clasificación de contrato de leasing conforme a los activos, sujetos y amortización, es necesario señalar que ninguna de estas clasificaciones es excluyente, por el contrario se complementan y pueden dar origen a nuevas especies del contrato de leasing[26].

---

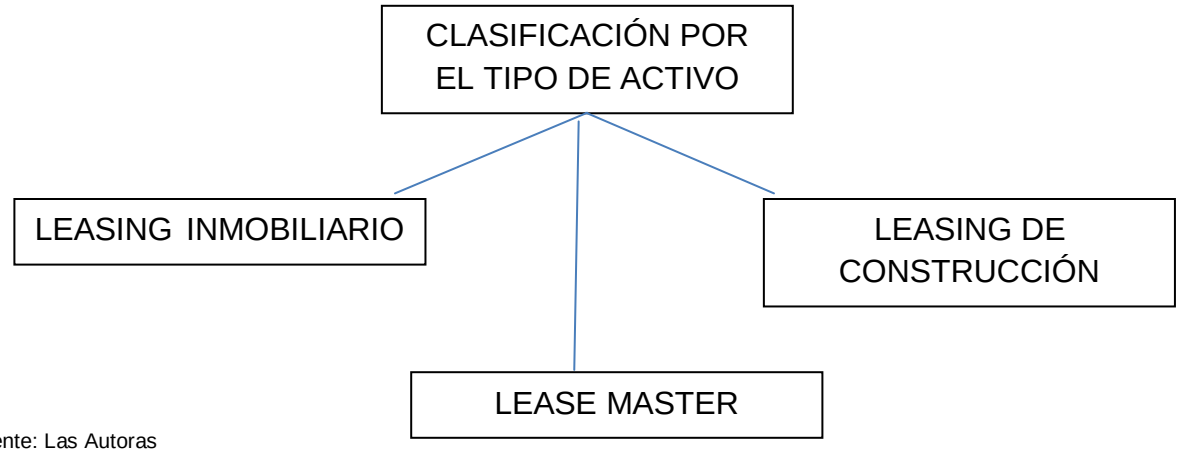
[25] "(…) el know-how es el complemento de lo que un industrial no puede saber por el solo examen del producto y el mero conocimiento del progreso de la técnica". Otras sentencias como la del Tribunal Supremo dc 24 de octubre dc 1979, también se han ocupado de este concepto, definiéndolo como la "serie de conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales 0 mercantiles, es decir, el saber hacer que puede tener por Objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considera que sea un bien en sentido (..) económico (...), determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituyan el Objeto dc secreto son desconocidas para terceros 0 que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, (...)". Según la Cámara de Comercio Internacional, el know-how representa los conocimientos aplicados (métodos y datos) que son necesarios para la utilización efectiva y puesta en práctica de técnicas industriales. Entre la doctrina, el know-how ha sido definido en un sentido amplio como el conocimiento o conjunto dc conocimientos técnicos que no son dc dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores, quienes se es- fuerzan en conservarlos manteniéndolos ocultos y evitando su divulgación." Grupo Editorial El Derecho y Quantor. Contratación Mercantil y Bancaria El Derecho Grupo, Editorial El Derecho, 2011, p. 405.

Por ejemplo un contrato por su activo puede ser un contrato de leasing inmobiliario y por los sujetos quienes financian ese contrato puede ser un leasing sindicado, con lo cual tendríamos un leasing sindicado e inmobiliario. Con esto manifestamos que las categorías y clasificaciones no son excluyentes sino que son eminentemente

**4.4.1 Clasificación de leasing por el tipo de bienes.** El activo las más de las veces condiciona a celebrar y ejecutar el contrato conforme a determinados parámetros legales, por ende, dependiendo el activo sobre el cual se realice el contrato de leasing podría tener una clasificación particular ante las especificaciones legales de cada país, así podríamos tener leasing de automotor, leasing ferroviario, leasing inmobiliario.

Por lo anterior, es pertinente realizar esta clasificación con los contratos que guarden especiales y significativas regulaciones, entre ellas hemos escogidos las siguientes por el importante impacto que tienen los objetos que integran el contrato de leasing:

**Figura 2. Clasificación de leasing por el tipo de bienes**




Fuente: Las Autoras

[26] Existe una serie de contrato cooperativos en los cuales participan habitualmente las entidades de financiamiento como acuerdo que hacen para que cooperen con los proveedores y así realizar alianzas económicas sin que necesariamente sean tipologías de leasing, al respecto véase Leasing de intermediación. En esta modalidad aparece la sociedad leasing (leasing brokers) como mediadora entre proveedores y usuarios. Es un corretaje de leasing el que realiza la sociedad, procurando acercar la oferta y la demanda para facilitar la operación leasing, pero marginándose de la contratación percibiendo por sus servicios una retribución. La sociedad leasing aparece invirtiendo toda su experiencia y conocimiento del mercado, pero no aporta capital. ARRUBLA PAUCAR, Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos. Op. cit., 152.

**4.4.1.1 Leasing inmobiliario**. Como su nombre lo indica es aquel negocio jurídico cuyo activo contractual recae sobre bienes inmuebles[27] tales como edificios, oficinas, casas, predios, lotes, parqueaderos etc. El leasing financiero tiene unas características propias así como una regulación diferente tanto en su aprobación en el estudio así como y en las cargas que se deben soportar al realizar un contrato de Leasing Inmobiliario, tal como es el leasing inmobiliario de destinación a vivienda.

Habíamos señalado que el contrato de leasing no es un crédito ni directo ni indirecto y aunque su función económica es el financiamiento, no debe confundirse esta con los elementos que componen el crédito, sin embargo con posterioridad de la Crisis Cambiaria de 1998 conforme a la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Ley 546 de 1999 se establecieron una serie de reglas especiales para la adquisición de vivienda. Esta normatividad especial para la adquisición de vivienda se aplica para los contratos de arrendamiento financiero que se destinen para adquisición de vivienda[28].

Las operaciones de inmuebles cuya destinación es la vivienda son asimiladas a los créditos hipotecarios, anotación muy importante al momento de determinar el patrimonio técnico de una entidad financiera, recordemos que las operación hipotecarias están clasificadas como de bajo riesgo, lo cual se traduce en operaciones de leasing inmobiliario no afectan el patrimonio técnico de una entidad.

---

[27] "Cuando la operación recae sobre un bien inmueble toma esta particular modalidad. Y surge cuando se para la actividad industrial, comercial o profesional. Se discute si encuadra en esta cuando es para vivienda, en cuanto descarta cualquier mecanismo de financiación o dc producción o de capital. Distintos mecanismos negóciales se tienen en cuenta para el leasing inmobiliario: a. Que entre la empresa locadora y el cliente celebren un contrato de sociedad, con aportes determinados y en la proporción establecida, llevando la primera la mayoría accionaria, pero con punto de referencia en el bien raíz que el segundo requiere, de modo que las cuotas de amortización, al mismo tiempo, van a cumplir la función de pago de los derechos en la de modo que al terminar cl plazo se haya cubierto el total de las cuotas sociales y se consolide al locatario como el único socio. En verdad, esta forma de mostrar el leasing no se ajusta a su estructura porque lo que se manifiesta es un contrato de sociedad, con instrumentos de financiación. b. Que el leasing se otorgue por escritura pública, a la manera de un arrendamiento bajo esa forma instrumental. Es decir, que tanto la tenencia como la opción de compra se incorporen con todos sus elementos esenciales de modo que los terceros deben conocer de la situación jurídica que evidencia el bien. c. Que el leasing se celebre por documento privado, que es el que más se acompasa con la forma ordinaria de entenderlo." BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Op cit., p. 439.

[28] La estructura del sistema UPAC se encontraba sustentado adicionalmente en "otras normas del Estatuto Orgánico del sistema financiero delimitaban el diseño del sistema UPAC, en particular los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, y 140**"** MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO**.** Constitución y vivienda, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia,. 1 ed. 2006, p. 154.

Una segunda diferencia se encuentra en las transacciones realizadas para adquirir los activos, al ser inmuebles implica una debida gestión por parte de la Compañía de Financiamiento en saneamiento del activo al momento de adquirirlo, puesto que el mismo quedará en su cabeza y con ello todas las cargas correspondiente del propietario.

**4.4.1.2 Clasificación en el régimen legal colombiano del leasing habitacional**[29]**.** Si bien es cierto que el objeto del contrato de leasing habitacional son los inmuebles, es pertinente anotar que no todos los inmuebles reciben el mismo trámite o poseen una disciplina jurídica diferente

En nuestro régimen legal y tratándose de contratos de leasing encontramos dos subdivisiones propias el leasing habitacional con destinación a vivienda y el leasing habitacional, especies reguladas por el artículo 2.28.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, el cual las define en los siguientes términos:

> Artículo 2.28.1.1.1 Autorización. De acuerdo con el artículo 1 de la ***Ley 795 de 2003***, por el cual se adiciona el literal n) al numeral 1 del artículo 7 del ***Estatuto Orgánico del Sistema Financiero***, los establecimientos bancarios se encuentran facultados para realizar operaciones de leasing habitacional destinadas a la adquisición de vivienda, en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. De igual forma, de conformidad con el régimen general, estas operaciones de leasing también podrán ser realizadas por las compañías de financiamiento.
>
> Parágrafo. Cuando en el presente Libro se haga referencia a "entidades autorizadas" se entenderá que se refiere a los establecimientos bancarios y a las compañías de financiamiento, entidades autorizadas para la realización de operaciones de leasing habitacional en los términos del presente Libro.

Asimismo el Decreto 2555 de 2010 distingue entre una y otra figura, señalando para este propósito las diferencias entre una y otra norma, al respecto señala:

---

[29] "El leasing habitacional es un contrato por medio del cual una sociedad leasing adquiere una con las características y especificaciones dadas por el futuro tomador, con el fin de entregar posteriormente la tenencia de dicho inmueble, a cambio de un pago periódico durante un convenido y al término de éste, el locatario tiene la opción de compra. Se trata de una modalidad del contrato de leasing, con características leasing financiero y del operativo, pero con notas muy propias para el fin económico que persigue, razón por la cual se distingue claramente de aquellos y puede decirse que se ha creado una nueva clase, el habitacional, con características y reglamentación especial." ARRUBLA PAUCAR, Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos, Op. cit., p. 159.

Artículo 2.28.1.1.3 Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar "operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

Artículo 2.28.1.1.3 Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de una vivienda, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

Existen dos diferencias: i) el Leasing Inmobiliario de destinación a vivienda familiar como finalidad la destinación del inmueble a la pernoctación y permanencia del locatario y de su núcleo familiar ii) cuando estamos al frente de un contrato de leasing inmobiliario este se rige por las reglas de la Vivienda de Familia Urbana, es decir por la Ley 546 de 1999 y las respectivas sentencias de constitucionalidad.

### 4.4.1.3 Características del leasing inmobiliario con destinación a vivienda familiar.

- *Consideraciones Previas (Sistema de poder adquisitivo constante). EL UPAC* (UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE) tiene dos connotaciones una matemática y otra económica o sistémica, en la primera definición es una unidad de cuenta estipulada convencionalmente, la cual determina el precio. Al igual que las monedas y nos permite determinar el precio por ejemplo una casa es de 30.000 dólares; al decir que el UPAC es una unidad de cuenta podemos decir en igual sentido que una casa vale 4.000 UPAC o me hicieron un préstamo de 22000 UPAC.

Las transacciones económicas en nuestro país se realizan mediante la moneda de curso forzoso que en este caso es el peso, por lo cual es obligatorio determinar cuál es la relación entre el UPAC y los pesos.

Para entender la relación entre pesos y UPAC lo podemos asociar con el cambio, por ejemplo 1 dólar vale 2000 pesos, o 1 Euro equivale 1.5 dólares, este fenómeno de divisas es el mismo que ocurre entre el de Pesos y UPAC, ya que podemos decir que 100 pesos es igual a una 1 UPAC.

La diferencia entre el mercado de divisas y el de la UPAC en pesos radica que para el primer caso la relación entre una y otra moneda está determinado por las leyes de la demanda y de la oferta, entre más demanda allá de la moneda Euro más valor adquirirá sobre el Peso, por si el contrario, no hay demanda sino una excesiva oferta del Euro el precio de esta moneda caerá en relación con el Peso.

En el segundo caso, el de la UPAC, su valor en relación con el peso no está determinado por las leyes del mercado sino por la inflación como variable insoslayable y forzosa para su cálculo, lo cual deriva como consecuencia que el valor de la UPAC cambiará día a día.

La segunda definición es como sistema o política de adquisición de vivienda, la cual se puede establecer en tres etapas y en donde se resaltan la historia de este modelo:

- *Intervención estatal forzosa (1950-1972).* Durante este periodo, tanto la construcción, como la compraventa de bienes y servicios se realizaron mediante los ahorros individuales o por créditos de corto plazo de los ciudadanos. Las opciones para obtener el financiamiento a largo por un duopolio estatal: El Banco Central Hipotecario (BCH) y el Instituto de Crédito Territorial (ICT).

  Entre 1950 y 1972 el BCH y el ICT representaron casi el 90% de la financiación formal de vivienda. Pero la dependencia de la construcción y financiamiento de vivienda de las entidades estatales alejo inversiones del sector privado. Esto, sumado a la casi nula experiencia del sector privado en la entrega de créditos para el financiamiento de vivienda, los pocos sistemas de pago, las fuertes fluctuaciones de la tasa de inflación, la rigidez de las tasas, y el subvalorar la capacidad de endeudamiento de las familias, convertían al sistema de financiación de vivienda en un negocio altamente riesgoso.

- *Nacimiento del sistema UPAC (1972-1998).* Para 1972, la sociedad colombiana había experimentado fuertes cambios económicos, ya en la

década de los sesenta el producto interno bruto era de 400 millones de dólares y a comienzos de 1970 superaba los 1200 millones de dólares, ello como resultado de un proceso de industrialización e incrementos en las exportaciones; situación que generó grandes crecimientos demográficos.

Fue así que se definió un modelo de crecimiento constante, bajo el gobierno de Misael Pastrana Borrero, denominado Las cuatro estrategias el cual tendría como objetivos: 1. El desarrollo urbano; 2. El aumento de las exportaciones; 3 El crecimiento de la productividad agrícola; y 4. Una mejor distribución basada en un sistema progresivo de impuestos.

El objetivo del sistema UPAC era propiciar el crecimiento de la economía mediante incentivos al ahorro personal, los cuales al mismo tiempo permitiera tomarlos y canalizarlos para la inversión en construcción y la financiación misma.

Uno de los elementos diferenciadores del UPAC fue la introducción de la corrección monetaria como mecanismo para evitar los efectos de la inflación, mediante la indexación de los saldos de ahorro y de las obligaciones hipotecarias. De esta manera se podía financiar operaciones a largo plazo sin el temor que el dinero perdiera capacidad adquisitiva.

Para asegurar el éxito del UPAC se requería la creación de un nuevo tipo de intermediario financiero, el cual incentivará el ahorro privado. Bajo este presupuesto se crearon las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) el cual captaría el ahorro de los asociados.

El gran atractivo de las CAV[30] era el hecho de tener tasas de captación reales positivas. De esta manera los ahorradores entregaban sus activos a las CAV y

[30] **"**Debe tenerse en cuenta, además que en el país por una serie de decretos expedidos a partir de 1972, se autorizó a entidades particulares (corporaciones) para captar ahorro y canalizarlo hacia los sectores de la construcción, bajo la modalidad del ajuste monetario de valor constante, o sea, haciendo un ajuste de los fondos captados en razón de las fluctuaciones de la moneda en su capacidad adquisitiva. Esto dio lugar a la institución en el país de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). El sistema UPAC consiste en que todos los ahorros recibidos por las corporaciones para emplear en la industria de la construcción se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno; para ello se tendrá en cuenta el promedio de los índices nacionales de precios al consumidor, para empleados por una parte, y por otra parte, para obreros, elaborados por el DANE." VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho civil: tomo IV: *contratos,* 7 edición., Bogotá: Temis, 2011, Bogotá, p. 66.

posteriormente podían solicitar créditos a largo plazo para la construcción y compra de vivienda a tasas inferiores de los ofrecidos en el mercado. [31]

- *Crisis del sistema UPAC y nacimiento de la UVR.* La literatura de la historia económica colombiana considera al año de 1999 como el año negro o el año de la bestia, pues, la crisis presidencial, la recesión económica mundial, los problemas diplomáticos con EE.UU. habían sumido al país en un verdadero caos.

En este punto histórico los inversionistas extranjeros no consideraban seguro invertir en los mercados colombianos, ello sumado a la crisis de Rusia, originó una salida fuerte de divisas del país.

Para evitar esta situación el Gobierno y la Banca Central decidieron subir las tasas de interés para generar mayores utilidades a quienes dejaran o trajeran capitales en el país. Pero subir las tasas de interés requería necesariamente que todos los indicadores atados a ellas se incrementarían.

Para este momento el valor de la UPAC se encontraba atado a un porcentaje del DTF, el cual, al igual que las demás tasas subió. Esta es una de las razones porque para 1999 el valor de las cuotas de los créditos se incrementó a tal punto que los deudores del sistema UPAC no pudieron responder por las obligaciones contraídas, perdiendo de esta manera sus casas, cuotas iníciales, y cuotas aportadas. La cesación de pagos de la cartera hipotecaria crecía exponencialmente y en este punto estallo la crisis.

Al igual que la mayoría de las crisis hipotecarias el sistema UPAC tuvo el siguiente comportamiento:

Un grupo pequeño, el cual va incrementándose, se declara en cesación de pagos, generando temor en el mercado y por esta razón la demanda de vivienda comienza a disminuir.

El grupo ha crecido y por ende hay muchas viviendas entregadas para satisfacer las obligaciones hipotecarias, en este punto la demanda ha bajado por el temor de los potenciales clientes de adquirir una unidad habitaciones ante

las condiciones de negociación, y adicionalmente hay un número alto de viviendas entregadas que requieren ser rematadas para cancelar las obligaciones, como resultado la oferta sigue pero la demanda ha disminuido lo cual genera caída en los precios de vivienda.

El número de personas en cesación de pagos es tan alto que la demanda de viviendas es cercana a cero por el temor generalizado, adicionalmente las entidades financieras tienen un número muy alto de inmuebles para rematar; en consecuencia al disminuir la demanda inmobiliaria y al persistir la oferta de inmuebles sus precios disminuyen abruptamente. La caída de los precios de vivienda es tan profunda que para poderse vender los inmuebles se tiene que hacer por un valor menor de la obligación principal a la cual sirven como garantía. En palabras sencillas las entidades financieras venden a perdidas. Este punto es donde la crisis hipotecaria es más profunda pues la cesación de pagos amenaza la existencia y la estabilidad del sistema financiero.

**4.4.1.4 Leasing de adquisición de vivienda en el sistema actual.** La destinación del inmueble para el núcleo de familiar, es uno de los elementos esenciales de este contrato, designándole una reglamentación especial y unos beneficios jurídicos y económicos al locatario de la operación. La génesis de estas características para el contrato de leasing se dio como resultado a la declaratoria de inconstitucionalidad del sistema UPAC en Colombia.

Después de la crisis cambiaria colombiana de finales del siglo pasado, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional emitieron un conjunto de fallos para conjurar la crisis de la UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO -UPAC-, situación que constituyó una nueva reglamentación para los contratos hipotecarios.

Con posterioridad a la declaratoria del régimen del UPAC por decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-700 de 1999, se le ordenó al Congreso expedir una nueva ley que regulara la adquisición de vivienda. A continuación se hace referencia a los principales fallos de esta materia: (ver Cuadro 2)

**Cuadro 2. Principales fallos sobre la adquisición de vivienda**

| Sentencia | Alcances de la decisión |
|---|---|
| Consejo de Estado, Sección cuarta. Sentencia del 21 de mayo de 1999 | Declara la nulidad de la Resolución Externa No 18 de 1999 al considerar ilegal el cálculo de la unidad UPAC mediante el DTF. |
| Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999. | Declara la iesnxequibilidad del UPAC calculado mediante la DTF. Parágrafo f) articulo 16 ley 31 de 1992. |
| Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999. | Declara la inexiquibilidad del sistema UPAC. Artículos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, y 140 del Decreto Ley 633 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) |
| Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999. | Declara la inexiquibiliad de la capitalización de intereses en créditos de vivienda. Artículo 121 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) |

Fuente. Las Autoras

El interés siempre debe estar intervenido por la autoridad monetaria y crediticia: En concepto de la Corte la Junta directiva del Banco de la República debe limitar los intereses para la adquisición de vivienda. Esta función otorgada al emisor se realiza con el fin de garantizar la vivienda digna (artículo 51 de la Constitución Política) y la democratización del crédito como fin de la intervención estatal en el sector financiero (Artículo 335 de la Constitución Política).

El interés debe corresponder a una tasa pura o real: La Corte estableció constitucional el cobro de los intereses remuneratorios siempre que estos sean puros, en consecuencia estos intereses no podrán tener ningún componente de inflación, puesta que ésta se halla cubierta por la UVR. En consecuencia la tasa remuneratoria del sistema de créditos UVR contiene los siguientes elementos:

- Costo administrativo que incurre para la intermediación (publicidad, gasto de nómina, etc) será imputado a los intereses que paga el locatario.

- La justa ganancia que tiene derecho.

- El interés remuneratorio debe liquidarse sólo sobre el capital indexado.

- La tasa de interés remuneratorio no puede ser compuesta al no se permite la capitalización de intereses

- La tasa debe cobrarse vencida.

- Intereses Moratorios no se presumen pactados

- Solo pueden cobrarse las cuotas vencidas

- Prohibición de cláusulas aceleratorias que consideren el plazo vencido la totalidad de la obligación

- Prohibición de iniciar el proceso de restitución y ejecución hasta dentro de los 3 meses al incumplimiento del locatario.

**4.4.1.5 Leasing de construcción**[32]. Figura en la cual el locatario solicita a la entidad de leasing que compre un inmueble determinado y adicionalmente realice actividades pertinentes de construcción o remodelación del activo.

En ésta operación la leasing o el banco por orden del locatario debe de adquirir un inmueble y en ella realizar una obra o construcción. En el marco legal la institución financiera no puede realizar mencionada operación, puesto que el objeto social limitado de estas instituciones no les permite realizar actividades de construcción.

En este caso, el arrendador contratará mediante un contrato de obra o de administración de obra a un tercero que fungirá como un proveedor las actividades pertinentes a la construcción. En este caso el leasing puede tener dos proveedores, quien suministre el predio o lote y adicionalmente quien provea la obra, construcción o remodelación.

En cualquier caso, el arrendador deberá ser dueño de la construcción u obra y del predio que la soporta, al respecto señaló el órgano de control y vigilancia:

[32] SUPERINTENDENCIA FINANCIERA en el concepto 2011052709-002 del 28 de septiembre de 2011.

"El activo dado en leasing no puede comprender sólo la edificación o construcción sin que pueda entenderse no incorporado al mismo el terreno sobre el cual se levanta la construcción, en cuyo caso el inmueble, en su conjunto deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora en leasing, derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra."[33]

**4.4.1.6 Leasing de intangibles**. Hace mención a la posibilidad de financiar activos no tangibles que permitan la producción de bienes y servicios, tales como sistema de software, códigos informáticos, productos de tecnología. En Colombia no existe una regulación expresa sobre este tipo de activos, quedando la celebración y ejecución de estos contratos al libre arbitrio de las partes.

**4.4.1.7 Contrato leasing maestro o master lease**[34]. Contrato en el cual la compañía de financiamiento establece el monto y un plazo determinado que sirve de tope para que el locatario pueda financiar una serie de activos productivos no determinados pero si determinables.

**4.4.1.8 Contrato de dry leasing y Wet leasing**[35]**.** Son operaciones especializadas en el financiamiento de aeronaves, en el Dry Leasing hace mención a la aeronaves mientras el Wet Leasing se refiere a su equipamiento, tripulación y funcionamiento, en este último caso estaríamos frente a operaciones de financiamiento diferentes a la adquisición del activo.

### 4.4.2 Clasificación por los sujetos

**4.4.2.1 Leasing sindicado** [36]. Modalidad de contrato de leasing donde operan dos más entidades financieras en condición de arrendatarios, esta operación es

---

[33] SUPERINTENDENCIA FINANCIERA en el concepto 2011052709-002 del 28 de septiembre de 2011.

[34] (AUTORES VARIOS) FEDELEASING. Manual jurídico de leasing, Ob. Cit. Pág 29.

[35] "Son modalidades de leasing que se utilizan cuando el bien objeto del contrato son aeronaves. Se denomina "dry leasing" cuando el objeto del contrato es únicamente sobre la aeronave, y "wet leasing" cuando, además de la aeronave, dentro del canon se incluyen los costos relacionados con la tripulación, el mantenimiento y el valor de los seguros" BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. El leasing habitacional : instrumento para financiar la adquisición de vivienda. Op. cit., p. 86 y 87.

[36]"Por esta vía, varias sociedades leasing se unen para la adquisición conjunta en común y pro indiviso de la propiedad de uno o más equipos, que serían arrendados con opción de compra a uno o más arrendatarios para llevar a cabo un proyecto determinado. Se presenta la necesidad de este tipo de leasing para poder llevar a

común cuando existen operaciones cuya cuantía exceda el valor que una sola entidad pueda asumir por el alto grado de riesgo de concentración.

**4.4.2.2 Leasing de exportación**[37]. Aquel contrato de leasing en donde el locatario se encuentra en el extranjero y la institución financiera de leasing se encuentra en el territorio nacional.

**4.4.2.3 Leasing de importación**[38]. Operación de arrendamiento financiero en el cual el activo se encuentra en el extranjero y la compañía de financiamiento y el locatario en el territorio nacional. Es importante señalar que esta clase de leasing el proveedor puede tener o no representación legal tema sumamente importante al ser este el responsable por s los vicios por calidad e idoneidad de los activos.

**4.4.2.4 Lease back**[39] . Modalidad de contrato de leasing en el cual la calidad de proveedor y locatario se confunden en una sola persona.

En este tipo de operación el locatario es el dueño del activo y al necesitar financiamiento acude la institución financiera para ella le entregue el dominio del activo (mas no la tenencia del mismo) a cambio de ser fondea por un monto determinado. A su vez la compañía de financiamiento le entrega el valor pactado y le permite conservar al locatario la mera tenencia del activo a título de arrendamiento financiero.

---

término grandes proyectos industriales, corno la explotación de campos petroleros, etc." ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos. Op. cit., p. 158

[37] (AUTORES VARIOS) FEDELEASING. Manual jurídico de leasing, Alvear editores, Bogotá, año 2010, p. 27.

[38] "Cross border leasing. Es el leasing a través de las fronteras. Consiste en que un arrendador propietario de 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, lo mismo que incentivos fiscales por depreciación, etc., que reciben los propietarios de esos equipos. "ARRUBLA PAUCAR, Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos. Op. cit. p. 158.

[39] Leasing-back. Es una modalidad del leasing poco ortodoxa, según la cual, la compañía leasing compra al empresario sus equipos o parte deellos y de inmediato celebra con el mismo un contrato de leasing y le cede el uso de ellos. Incluso en USA se practica sobre toda la fábrica de un empresario. Dos cometidos pueden cumplirse con una operación de esta naturaleza: uno de salvamento, por el cual una empresa cuyo porvenir comercial está asegurado gracias a sus posibles ventajas, pero que debido a la falta de liquidez se ve amenazada; el leasing-back seria una fórmula para poder pagar a sus acreedores y continuar con su operación, facilitando transformar sus inmovilizaciones en fondos disponibles. ARRUBLA PAUCAR. Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos. Op. cit., p. 152.

### 4.4.3 Clasificación por la amortización

**4.4.3.1 Subleasing.** Esta operación tiene como prerrequisito la celebración y ejecución de un contrato de leasing el cual no se ha extinguido, en este caso las partes acuerdan que la compañía de financiamiento entregará una suma de dinero adicional al locatario realizándose una modificación al contrato de leasing original. En otras palabras es un crédito soportado en un contrato de leasing.

## 4.5 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO

Las características del contrato de leasing son:

**4.5.1 Es un contrato bilateral sinalagmático perfecto.** Ambas partes contraen obligaciones reciprocas y las mismas se encuentran perfectamente definidas desde el comienzo de la operación.

❖ *Principales obligaciones del locatario*

- Pagar el canon en los plazos y términos estipulados.

- Darle correcto uso al activo y conservarlo. El mantenimiento del activo se encuentra en cabeza del locatario puesto que se prohíbe que la compañía realice el mantenimiento del mismo.

- Permitir la inspección al activo.

- El locatario está obligado a responder por los riesgos de la cosa.

- Restituir el bien a la entidad autorizada una vez haya vencido el término para restituir el mismo.

- Pagar oportunamente los impuestos, tasas, contribuciones, gravámenes, multas etc.

❖ *Principales obligaciones del proveedor del activo:*

- Entregar al locatario el bien en la oportunidad definida.

- Responder por las garantías por idoneidad y calidad del activo.

❖ *De la entidad autorizada*

- Pagar el valor y realizar la compra del activo para su uso y goce

- Exigir la transferencia de la propiedad del bien cuando ejerza la opción de adquisición pactada a su favor, una vez haya cumplido con todas las obligaciones a su cargo y haya cancelado el valor de la opción

**4.5.2 Es un contrato consensual**, por lo tanto basta la sola voluntad de las partes para perfeccionar el contrato. No obstante en la práctica rara vez sucede, las instituciones financieras al estar sometidas a las normas prudenciales deben de dejar todos los contratos con su respectivo registro.

**4.5.3 Es oneroso**. Ambas partes incurren en beneficios y gastos económicos tanto para su celebración como en su ejecución.

**4.5.4 Es conmutativo.** Al existir equilibrio entre las partes, en el caso del leasing inmobiliario se aplican las normas de lesión enorme y en los de adquisición de vivienda las normas ya explicadas.

**4.5.5 Es de tracto sucesivo.** Puesto que las partes cumplen sus obligaciones periódicamente.

**4.5.6 Es un contrato de naturaleza financiera.** Dado que se celebra con una entidad financiera.

**4.5.7 Es principal.** Subsiste por sí solo sin necesidad de otro contrato.

**4.5.8 Partes cualificadas**. El contrato de leasing solo podrá ser ofrecido por las entidades financieras debidamente autorizadas. En relación al arrendatario podría decirse que cualquier ente con capacidad de contraer derechos podría solicitar y hacerse parte dentro del contrato, sin embargo esto en la práctica no es cierto, quien desee contraer una serie de cargas para poder ser sujeto de estos derechos, por lo presente no cualquier ciudadano puede ingresar al sistema financiero, algunas de las cargas como SARLAFT o la calificación de riesgo son parte de una serie de normas limitantes a quienes desean utilizar los servicios del sistema financiero.

## 4.6 CONTRATO DE LEASING OPERATIVO O ARRENDAMIENTO

El leasing operativo es aquella operación en la cual un arrendatario solicita que se le entregue el uso, goce y mera tenencia del activo de un activo determinado. El locatario podrá en cualquier momento solicitar la venta del activo a su propiedad.

El leasing operativo es conocido en muchas legislaciones como el arrendamiento puro y es que en si no existe una divergencia que logre diferenciar ambas figuras.

El mayor atractivo esta en realizar la compra del activo ya se dentro de la ejecución del contrato o una vez este hubiese culminado; situación que también se repite en el contrato de arrendamiento. Podría darse alguna diferencia contable, dependiendo del país en que se registre la operación, en nuestro caso se da de la siguiente manera:

**4.6.1 Diferencias entre el contrato de leasing financiero y leasing operativo.** El contrato de leasing financiero solo puede ser ofrecido solo por las entidades autorizadas y legalmente constituidas para ese fin, en nuestro sistema legal desde ya adelantamos que las entidades financieras autorizadas son los Bancos y las compañías de financiamiento[40]. Cualquier otra entidad tiene prohibido celebrar o ejecutar contratos de esta naturaleza.

[40] Es de señalar que el Decreto 255 de 2010 permite a los Bancos realizar operaciones de leasing financiero. "En efecto, el Decreto 3039 de 1989, que reglamentó el artículo 11 de la Ley 74 de 1989 que otorgó la competencia de control y vigilancia a esta Superintendencia sobre las sociedades dedicadas a efectuar operaciones de arrendamiento financiero, estableció en el parágrafo del artículo 6o. que cuando personas naturales o jurídicas realicen operaciones de leasing financiero en calidad de arrendadores sin la debida autorización de esta autoridad de control, tales contratos son ilegales. La anterior prohibición fue ratificada por la Ley 35 de 1993, cuando en su artículo 12, después de autorizar la conversión de las sociedades de arrendamiento financiero en compañías de financiamiento comercial, estableció en el parágrafo 3o. que las sociedades de arrendamiento financiero existentes que no se convirtieran en compañías de financiamiento

En el contrato de leasing financiero[41] se pacta desde la suscripción del contrato una opción de adquisición en la cual se determina el plazo, así como los términos y condiciones para ser ejercida. Por regla general la opción de adquisición va estipulada en el inicio del contrato y será un porcentaje sobre el valor financiado del activo.

Contrario sensu en el leasing operativo[42] no se pacta una opción de adquisición, en este caso la adquisición no deviene de las condiciones iniciales del contrato sino que su fuente es un acuerdo posterior ya bien sea durante la ejecución del contrato o una vez culmine el mismo. El valor de la transferencia del activo no

---

comercial conforme a los términos contemplados en dicha disposición, quedarían disueltas y deberían liquidarse. Al estudiar la génesis de la mencionada norma, encontramos que en las ponencias para primer y segundo debate del Senado se propuso la conversión de las sociedades de arrendamiento financiero en compañías de financiamiento comercial como una manera de fomentar la formación de capital de trabajo a través de la captación de recursos del público que se destinarían primordialmente a la realización de operaciones de leasing financiero, toda vez que hasta ese momento a las sociedades de arrendamiento financiero les estaba prohibido captar dinero del público (Decreto 1730 de 1991 art. 2.1.3.4.1.), estableciendo adicionalmente que las sociedades de leasing que no se convirtieran en compañías quedarían por fuera de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, reiterando la prohibición de captar recursos del público en forma masiva o habitual. (...)Esta última propuesta, implicaba la derogación tácita del parágrafo del artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989, en la medida que habilitaba a personas diferentes de las compañías de financiamiento comercial para efectuar operaciones de leasing en calidad de arrendadores siempre que no se realizaran masivamente, es decir, en forma profesional. Después de haber sido ampliamente debatida dicha propuesta al interior de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, ésta fue rechazada, pues se consideró inconveniente la posibilidad de que los productores de bienes objeto del contrato o sus representantes realizaran operaciones de leasing, tal y como consta en la ponencia para segundo debate en la Cámara, quedando así incólume la prohibición contemplada en el parágrafo del artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989 y a su vez ratificada por el parágrafo 3o. del artículo 12 de la Ley 35 de 1993 que dispuso la disolución y consecuente liquidación de las sociedades de arrendamiento financiero que no se convirtieran en compañías de financiamiento comercial, excluyéndose de esta forma la posibilidad de que entidades distintas a las compañías de financiamiento comercial realizaran operaciones de leasing financiero. Por todo lo anterior, se concluye que en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989, concordante con el artículo 12 de la Ley 35 de 1993 y el Decreto 913 de 1993, entidades diferentes de las compañías de financiamiento comercial no pueden celebrar operaciones de leasing financiero en calidad de arrendadores». SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto: 1999025345-1. Junio 8 de 1999.

[41] "Leasing financiero. Es prácticamente la operación que acabarnos de ir. En esta modalidad del leasing interviene una compañía leasing (financial leasing companies) que adquiere los bienes para sí, por pedido expreso del usuario. Una vez adquiere el equipo deseado, cede el uso del mismo al empresario necesitado, a título de arrendamiento y por un plazo determinado. Una vez se cumpla el plazo, tendrá el arrendatario la opción de continuar en el arriendo o de adquirir los bienes por un valor residual." ARRUBLA PAUCAR. Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos. Op. cit., p. 151.

[42] "Leasing operativo. Esta modalidad de leasing es practicada por los propios fabricantes para la colocación de sus productos. Fue tal vez la primera de todas las modalidades del leasing y la que originó este tipo de operaciones por las dificultades que presentaron Los grandes productores de maquinaria para colocar sus productos. Más que una modalidad financiera, se trata de una alternativa que ofrecen a sus clientes, al lado de la venta." ARRUBLA PAUCAR. Contrato mercantiles tomo III contratos atípicos. Op. cit., p. 151.

necesariamente podrá corresponder a un porcentaje del contrato, bien pueden las partes pactar una fórmula para fijar el precio.

## 4.7 ETAPAS DE CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LEASING

La definición de contrato de arrendamiento financiero tuvo un amplio y fuerte debate en la historia de las ciencias jurídicas, tal como lo habíamos señalado en la etapa inicial del presente trabajo, los alcances en sus términos y condiciones fue un largo proceso de decantación en donde en se logró un producto similar y homogéneo, hasta tal punto, que en la actualidad pasó de ser un contrato atípico a un contrato reglado en la mayoría de las legislaciones.

Lo presente no significa que la interpretación del mismo sea clara y por el contrario, como en muchos de los debates de la técnica jurídica, la diferencia de criterios en la interpretación de los operadores jurídicos suscita dudas. En este punto señalaremos cuales son las etapas que conforman el contrato de leasing, cuales partes interceden y cuando finiquita cada una.

El contrato de arrendamiento financiero, se encuentra definido dentro de nuestra legislación por el Decreto 913 de 1993, el cual señala: " Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega, a título de arrendamiento, de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra"[43]

De esta definición se pueden extraer tres etapas i) adquisición del activo, ii) entrega del activo y iii) ejercicio de la opción de adquisición.

**4.7.1 Adquisición del activo**. El Locatario o quien en este caso pretenda hacerlo, escoge bajo su voluntad un activo cuya propiedad se encuentra en cabeza de un proveedor, el arrendatario solicitará a la institución financiera la compra del activo para que este quede en su cabeza.

En nuestro concepto esta etapa hace parte del contrato de arrendamiento financiero, puesto que dentro de la misma definición establece o fija el Decreto considera que los "*bienes adquiridos para el efecto de entregarlos",* hacen parte

[43] Decreto 913 de 1993

del contrato de leasing. Pero esta postura es diferente a la adoptada por la Corte Suprema de Justicia quien expresó que esta etapa hace parte de las actuaciones precontractuales del contrato de leasing, al respecto señaló:

> 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[44].

Nos separamos de la anterior postura porque consideramos que el proveedor es parte de este contrato, y así mismo las actividades de orden, compra y desembolso hacen parte al determinar ciertas cargas y obligaciones que cumplen las partes. Dependiendo del activo se establecen los seguros, el régimen de responsabilidad, la estructura de las garantías, su fórmula de amortización, la depreciación de los mismos, entre otros aspectos.

Es de señalar que para nuestra legislación en concreto se encuentra prohibida que las compañías de financiamiento y los establecimientos bancarios tengan stocks de activos para ser colocados en arrendamiento financiero, exceptuando aquellos activos restituidos o las daciones en pago realizadas, siendo todos los activos adquiridos para el giro habitual de sus negocios que en últimas son el contrato de leasing.

[44] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia Expediente No 6462 del 13 de diciembre de 2002. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo..

El hecho de señalar que estas actividades pertenecen al contrato es que sus consecuencias, efectos y ellas mismas son inherentes y se rigen al interior del contrato de leasing.

Un ejemplo aclara lo aquí dicho, en el caso de falla en la idoneidad o calidad del activo comprado por la Compañía De Financiamiento o el Banco, el Locatario no podrá dirigir su reclamación contra la compañía financiera, sino que tendrá que dirigirse directamente contra el proveedor, esta situación acontece cuando el locatario tenga el uso y goce del activo (situación que acontece las más de las veces en este momento), nótese que el activo ya fue comprado y entregado al locatario quien lo tiene a título de mera tenencia, en este caso esta falla en el disfrute de la cosa se resolverá conforme a lo suscrito en el contrato de leasing, en donde se resalta que si bien la compra la realizó la entidad financiera, es el proveedor quien responde por las garantías. Como vemos, la compra del activo y sus consecuencias se rigen por el contrato de leasing es por esta situación que aseveramos que esta fase hace parte del contrato de leasing.

Sin embargo, las partes de común acuerdo pueden postergar el inicio del contrato, al expresarse como fecha de inicio del contrato un plazo, término o condición, como por ejemplo cuando se cancele el primer canon o cuando el activo sea entregado.

**4.7.2 Entrega del activo**. En esta fase el locatario recibe el uso y goce de la cosa a título de mera tenencia con derecho en el contrato de arrendamiento financiero en contraprestación el arrendador pagará cánones en contraprestación al disfrute del activo.

**4.7.3 Ejercicio de la opción de adquisición.** De la misma lectura del concepto de contrato de arrendamiento financiero entendemos que únicamente cuando el locatario pagase la totalidad de las obligaciones a su cargo podrá ejercer la opción de adquisición o por contrario solicitar la terminación del contrato y hacer la restitución del activo.

Es importante entender que en el transcurso del contrato de leasing los cánones cancelados no se aplican a adquirir el valor del activo, es decir, a medida que el locatario cancele cada uno de los rubros mal podrá entenderse que este se vuelve dueño de los activos en alguna proporción y la razón es simple, en un contrato de arrendamiento de leasing no puede existir copropiedad por lo cual en caso de realizarse la restitución no podrá entenderse que por este hecho el locatario

tendría derecho a la devolución por el pago de los cánones, salvo pacto expreso en ese sentido.

Es de señalar que esta regla no aplica para los contratos de leasing habitacional en donde si habrá lugar a devolución de parte de los cánones cancelados, sin embargo en ningún caso podrá el locatario ser copropietario del activo.

## 4.8 LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LEASING EN COLOMBIA

Las actividades realizadas por las instituciones del sector financiero son altamente reguladas por el Estado, en nuestro caso la Constitución Política de 1991, señaló en sus artículos 334 y 335 que el Gobierno Nacional es quien interviene este sector, al respecto señala este articulado:

> ***"ARTÍCULO 334.*** La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un *ambiente* sano.
>
> El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.
>
> ***ARTÍCULO 335.*** Las actividades financiera, *bursátil*, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito[45].

Al entender que es el Gobierno es quien supervisa e interviene las actividades financieras y bursátiles, es pertinente resaltar que dichas actividades de intermediación financiera requieren una autorización para ofertar el contrato de

[45] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 334 y 335. pp. 84-85

leasing y que por ende no todas las personas se encuentran facultadas para celebrar contratos de leasing.

Iniciado el análisis para entender y comprender cuáles son las entidades autorizadas por el ordenamiento jurídico colombiano para comercializar, desarrollar, y ejecutar las actividades pertinentes e inherentes al contrato de Leasing, es necesario señalar que en el territorio nacional "*no existe restricción legal siempre y cuando no realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas por la Superintendencia financiera*"[46]

En congruencia con lo anterior, es necesario mencionar que a lo largo de la historia de este tipo contractual, se han hecho una serie de restricciones a la actividad de leasing. En el año de 1981, mediante el Decreto 2059 de este mismo año, se estableció que las sociedades comerciales que se dedicaran a la actividad de leasing quedarían sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, como cualquier otra sociedad mercantil.

Posteriormente, se expidió el parágrafo 3 del artículo 12 de la Ley 35 de 1993, norma la cual señalaba que las sociedades que no se convirtieran a compañías de financiamiento comercial con sujeción a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedarían disueltas. Con esta medida legal, estas sociedades quedaron bajo la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera. Esta norma sostenía:

> ***ARTÍCULO 12. ARRENDAMIENTO FINANCIERO****.* Dentro del año siguiente a la vigencia de la presente Ley, las sociedades de arrendamiento financiero o leasing existentes podrán convertirse en compañías de financiamiento comercial con sujeción a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
>
> Las compañías que se organicen como resultado de la conversión y las demás que se constituyan especializadas en leasing podrán efectuar operaciones activas de crédito solamente hasta el porcentaje máximo que señale el Gobierno Nacional.
>
> Las compañías de financiamiento comercial existentes o que se constituyan podrán realizar a su vez operaciones de leasing, desde el 1o. de julio de 1993, hasta el porcentaje máximo que señale el Gobierno Nacional.

[46] SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto 2009053650-001, del 13 de Julio de 2009.

> El porcentaje máximo de operaciones de arrendamiento financiero que se autorice a las compañías de financiamiento comercial será igual al que se fije a las compañías especializadas en leasing para realizar operaciones activas de crédito.
>
> *(...)*
> *PARÁGRAFO 3o.* Las sociedades de arrendamiento financiero actualmente existentes que no se conviertan conforme a este artículo, quedarán disueltas y deberán liquidarse (negrillas fuera del texto original)[47].

Para este momento histórico, las únicas entidades que podían realizar la actividad de LEASING en Colombia, eran las compañías de financiamiento comercial.

Sin embargo, mediante la reforma financiera encabezada por la Ley 1328 de 2009, trajo dos grandes modificaciones, la primera fue eliminar la expresión comercial a la denominación "*compañías de financiamiento comercial*", quedando simplemente "*compañías de financiamiento".*

> *ARTÍCULO 25. COMPAÑÍAS DE FINANCIAMIENTO.* A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las compañías de financiamiento comercial pasarán a denominarse "Compañías de Financiamiento" y todas las disposiciones vigentes referidas a aquellas, incluidas las previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entenderán referidas a estas.
>
> Las compañías de financiamiento comercial existentes a la entrada en vigencia de la presente ley tendrán un plazo de tres (3) meses para modificar su denominación y deberán anunciarse siempre utilizando la denominación "Compañía de Financiamiento[48].

La segunda y más importante modificación, se encuentra en el artículo 26 de la ley citada. Este precepto legal autorizó a las entidades bancarias a realizar operaciones de LEASING y arrendamiento sin opción de compra.

> ***ARTÍCULO 26. NUEVAS OPERACIONES AUTORIZADAS A LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS****.* Modifícase (sic) el literal e) y adiciónese un nuevo literal al artículo 7o del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así:
> e) Otorgar crédito, incluidos préstamos para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones, sin perjuicio de lo previsto en el literal c) del artículo 10 del presente estatuto.

[47] Ley 35 de 1993

[48] Ley 1328 de 2009

> o) Realizar operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra (Negrilla fuera del texto original)[49].

Conforme a lo anterior, se puede afirmar que la celebración y ejecución del contrato de LEASING hoy en día es únicamente permitido a las Compañías de Financiamiento y a las entidades bancarias. Aseveración, la cual es apoyada y compartida por la Superintendencia Financiera, quien mediante concepto 2009053650-001 del 13 de julio de 2009, expresó:

> Respecto de las personas que se encuentran autorizadas para efectuar esta clase de leasing se tiene que conforme a lo establecido las únicas personas autorizadas para realizar este tipo de operaciones en calidad de arrendadores son las compañías de financiamiento[50] y los establecimientos bancarios, cuyo control y vigilancia corresponde a la Superintendencia Financiera.
>
> Ahora bien, revisados los antecedentes normativos que rigen la actividad de leasing financiero se encuentra que el legislador quiso que la misma sólo fuera ejercida por las entonces compañías de leasing sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, y actualmente por los establecimientos bancarios, mas no por particulares ajenos a tal vigilancia."
>
> (...) Así las cosas, no es factible que personas naturales o jurídicas realicen la actividad de leasing financiero sin la previa autorización del Estado, inclusive en aquellos casos en que se realice con dineros propios o préstamos provenientes de bancos, dado que, tal como se expuso, es una actividad exclusiva de algunos de los establecimientos de crédito. Situación diferente se presenta con las operaciones de arrendamiento sin opción de compra, en la cual el arrendador puede ser una persona distinta a las entidades vigiladas por esta Superintendencia y se regula por las normas del arrendamiento común. (Negrillas fuera del texto original)[*].

En conclusión, conforme a la legislación vigente, en la actualidad solo es permitido realizar actividades de LEASING financiero a las entidades bancarias y compañías de financiamiento.

---

[49] Ibíd.

[50] De acuerdo con lo expresado en el artículo 26 de la Ley 1328 del 2009, en adelante las compañías de financiamiento comercial se denominarán compañías de financiamiento.

[*] Esta disposición autorizó a los establecimientos bancarios a realizar operaciones de leasing financiero y arrendamiento sin opción de compra.

## 4.9 PERDIDA DEL RIESGO DE LA COSA EN EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO

La pérdida del riesgo de la cosa hace mención posibilidad que asume un sujeto jurídico en soportar el daño, deterioro o pérdida de la cosa en el transcurso de un negocio jurídico. Es decir, al existir la posibilidad en el caso de que el activo deje de existir es necesario señalar quien debe asumir esa pérdida económica.

La pérdida de la cosa no está relacionada con el incumplimiento de una de las partes en el contrato, es decir, no nos encontramos en el marco de la responsabilidad contractual[51] por incumplimiento de una de los extremos subjetivos. Cuando nos referimos a la perdida de la cosas hacemos mención a la desaparición de la cosa por una fuerza extraña[52] causante y no al incumplimiento de las prestaciones de una de las partes.

Es decir, el daño no se produce por incumplimiento, en el caso de riesgo de la cosa debida tal desequilibrio patrimonial no deriva de la responsabilidad por incumplimiento imputable a una parte, por lo tanto es necesario observar quien asume ese riesgo.

Esta situación que afrontan las partes en un contrato no es una situación nueva, por el contrario, es asunto tan antiguo como el mismo derecho romano, al respecto Seneca señaló:

"¿Acaso piensas tú que nuestros antepasados fueron así de necios de no entender que era una gran injusticia poner sobre el mismo plano quien ha dilapidado en la juerga y en los juegos de azar el dinero tomado en préstamo y

---

**51** "La responsabilidad contractual tiene lugar cuando se incumple (inejecución, ejecución defectuosa o tardía) una obligación preexistente emanada de un contrato. Se ha dicho también que las reglas de la responsabilidad contractual resultan aplicables al incumplimiento de las demás obligaciones preexistentes, como las obligaciones de origen cuasicontractual y legal. Recordaremos la concepción original del Código Civil de la culpa contractual (3.1), la tesis de las obligaciones de medio y resultado 3.2), el incumplimiento y la mora (3.3) y las cláusulas de exoneración de responsabilidad y limitación de las indemnizaciones (3.4.". GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel Díaz. El seguro de responsabilidad, Editorial Universidad Rosario, Bogotá, 2006, p. 76.

[52] "El caso fortuito y la fuerza mayor son nociones idénticas en materia de responsabilidad contractual: ambos casos son causas excluyentes de responsabilidad. Colin y Capitant han sostenido que la fuerza mayor y el caso fortuito son dos nociones distintas, sosteniendo que en la fuerza mayor hay imposibilidad absoluta y en el caso fortuito imposibilidad relativa de ejecución; sin embargo, han llegado a la conclusión que esa distinción carece de importancia práctica". PEREZ SALAZAR, Diana Maria. Tesis de grado, El principio por el cual las cosas perecen para el acreedor en el código civil colombiano y comparación con el código de comercio, p. 13.

quien por un incendio o un hurto o cualquiera desgracia más grave ha perdido los bienes ajenos junto con los suyos?"[53].

Esta cita de uno de los máximos representantes del estoicismo marca un punto de quiebra del pensamiento sobre quien asume los riesgos de la cosa, es claro que si el quebranto de la riqueza viene de un incumplimiento culposo imputable es el moroso quien debe de asumir dicho desequilibrio, pero en caso de que la perdida devenga del caso fortuito o de la fuerza mayor no es evidente la respuesta sobre quién debe soportar esta carga.

**4.9.1 Antecedentes en el derecho romano.** En este marco de discusión sobre quien debía soportar la carga de la pérdida de la cosa, las respuestas no fueron uniformes y dependiendo de la etapa del desarrollo romano podemos encontrar respuestas en uno y otro sentido, por eso se resumen en dos tipos de normas:

**4.9.1.1 El riesgo en cabeza del dueño (damnun domini).** Esta regla hace mención que la pérdida de la cosa se encuentra en cabeza del deudor propietario cuando el cambio o traslado del título se dé bajo cualquier título diferente de la venta. Es decir, cuando se entrega a título de arrendamiento o con la modalidad de que no implique la propiedad es el propietario quien debe soportar la perdida de la cosa.

Esta regla imposibilita la transmisión de la responsabilidad en cabeza del deudor no propietario de la cosa por lo cual el propietario será quien responderá por los daños ocasionados.

Tal regla se encuentra recogida en el Digesto 19.2.15.2[54] en la cual señala que el arrendador es el que asume la perdida de la cosa cuando ocurre la fuerza mayor o el caso fortuito. Caso contrario cuando la destrucción de la cosa proviene de la obra del hombre.

Comentarios al Edicto, libro XXXII.- Si hubiere sobrevenido fuerza de temporal calamitoso, veamos si el arrendador deber ser responsable de algo al

---

[53] SÉNECA. De beneficiis VII, XVI, 3. Tomado de NEME VILLARREAL, Martha Lucía". Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida." www.edictum.com.ar/.../Martha%20Lucia%20Neme%20Villareal.doc , *P. 1*

**[54]** Digesto 19.2.15.2 **.-** Ulpiano.

arrendatario. Servio dice, que el dueño debe ser responsable al colono de toda fuerza que no pueda resistirse, como por ejemplo, de ríos, de grajos, de estorninos, y si alguna otra cosa semejante hubiere acontecido, o si se hiciera incursión de enemigos; pero que si algunos vicios nacieran de la misma cosa, estos son en daño del colono, por ejemplo, si el vino se hubiere avinagrado, o si por insecto, o yerbas se hubieran estropeado las mieses. Pero también si hubiera descargado una tormenta, y hubiere arrebatado todo el fruto, el daño no es del colono, para que sobre el daño de la simiente perdida no sea obligado a pagar el arrendamiento del campo; pero también si el tizón hubiere corrompido el fruto de los olivos, o esto hubiere sucedido por calor del sol, no acostumbrado, el daño habrá de ser del dueño. Pero si no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono; y lo mismo se ha de decir, si al pasar un ejército quitó alguna cosa por hacer daño. Más también si por terremoto se hubiere arruinado el campo, de modo que nunca vuelva a su estado, es en perjuicio del dueño; porque debe dársele el campo al arrendatario para que pueda disfrutarlo.[55]

**4.9.1.2 Riesgo en cabeza del comprador (periculum est emptoris).** Fue la tesis acogida para los contratos de compraventa, diferente a la regla damnun domini en la cual independientemente a en la cual se señala que la responsabilidad está en cabeza del deudor comprador.

**4.9.2 Riesgo de la pérdida de la cosa en el derecho colombiano.** El derecho colombiano ha acogido la teoría de la perdida de la cosa conforme a la evolución de nuestra legislación, por ello, las soluciones planteadas por nuestro ordenamiento son de dos tipos, la inicial es la contemplada en el Código Civil (Artículos 1607 y siguientes) de Bello y la segunda es la regulación realizada por el Código Comercial (Artículos 1567 y siguientes).

Es de señalar, que la regulación casi siempre no sigue los cambios comerciales y económicos, estando siempre con una regulación atrasada conforme a los requerimientos y necesidades de los agentes económicos. Por lo anterior, es imperioso revisar nuestra legislación y determinar cuales son las reglas a aplicarse en el contrato del leasing.

[55] "En aquellos eventos en que la pérdida de la cosa derivaba de una fuerza irresistible y externa, emerge una regla conforme a la cual resulta imposible poner a cargo del deudor no propietario de la cosa su pérdida, regla que encuentra correspondencia con el modelo del deudor propietario de la cosa al momento de su pérdida, quien viene a responder de manera extensa". NEME VILLARREAL.. Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida." Op. cit. p. 5 y siguientes

Para analizar este estudio, realizaremos una recopilación sobre las reglas que se aplican en el derecho civil colombiano y en el derecho comercial, y luego revisaremos si dichas normas aplican dentro de la figura del contrato de Leasing.

**4.9.2.1 Riesgo de la pérdida de la cosa en el Código Civil colombiano.** El Código Civil colombiano hace una clasificación de activos y los clasifica de dar o hacer y posteriormente los subdivide entre cosas de cuerpo cierto y de bienes de género, para aplicar las siguientes reglas:

**4.9.2.2 Cosas de cuerpo cierto**. En la obligación de especie o cuerpo cierto el riesgo esta siempre a cargo del acreedor una vez se haya perfeccionamiento el contrato, conforme a lo dispuesto por el artículo 1607 del Código Civil.

La consecuencia de esta situación es que el (acreedor) comprador continúa obligado a pagar el precio de la cosa. A continuación transcribimos el 1067 del Código Civil el cual señala:

> **ARTICULO 1607. <RIESGOS EN LA DEUDA DE CUERPO CIERTO**>. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega."
>
> De la lectura del anterior artículo se entrevé dos excepciones 1) la mora en la entrega de la cosa, en caso de haberse constituido el (vendedor) deudor en mora de entregar el activo acontece la inversión de la carga del riesgo 2) que el activo se haya vendido a dos o más personas 3) Que las partes hayan sometido a condición suspensiva la transmisión de la propiedad[56].

Finalmente se encuentra un elemento probatorio consagrado en el artículo 1773 del Código Civil, el cual señala que siempre que el activo perece en manos del deudor (vendedor) se presumirá que él es el culpable. Esta norma atenúa la situación en la cual el acreedor deberá asumir la pérdida del activo cuando la cosa desaparezca, puesto que será el deudor quien tendrá que demostrará que no

[56] "Como fácilmente se advierte, la obligación de entregar la cosa, puede estar sometida a una condición suspensiva, caso en el cual, la regla general se verá alterada, toda vez que el comprador no será acreedor de la cosa, sino hasta el momento en que acaezca dicha condición" OVIEDO ALBÁN, Jorge**.** La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa derecho colombiano y comparado. www javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/5OviedoA.ult..pdf

fue responsable del perecimiento del bien (deudor), esto con el fin de que el riesgo lo asuma el acreedor.

**4.9.2.3 Cosas de género**. La pérdida de las cosas de género no extinguen las obligaciones, puesto que estas pueden ser reemplazadas por otras de sus mismas características, con lo cual la obligación de entregar las cosas continúa en cabeza del deudor, al respecto señala el "ARTÍCULO 1567. <PERDIDAS DE COSAS DEBIDAS POR OBLIGACION DE GENERO>. La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe"[57].

**4.9.3 Riesgo de la pérdida de la cosa en el Código de Comercio.** En contraposición de las normas planteadas en el Código Civil, el Estatuto Mercantil dispone una respuesta diferente al plantear que es el deudor (vendedor) de la cosa vendida quien asume el riesgo de la pérdida del activo hasta la entrega. Al respecto señala el Art. 929 del Código de Comercio" En la venta de un "cuerpo cierto", el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa"[58].

Lo presente, trae como consecuencia que el vendedor asume la perdida para él y el acreedor queda libre de pagar el precio.

**4.9.4 Pérdida de la cosa en los contratos de leasing.** Como se vieron las anteriores reglas aplican al Código Mercantil y al Código Civil, por lo tanto es sano realizarnos las preguntas si es pertinente plantear ciertos interrogantes a que si esta reglas deben son aplicables al contrato de leasing, figura que mencionamos es de origen anglosajón. Así mismo, es también sano preguntarse cuál es el escenario en el cual se aplican estas reglas y como un contrato con una estructura netamente anglosajona como es el contrato de Leasing irrumpe en nuestro ordenamiento.

[57] CÓDIGO CIVIL.

[58] CÓDIGO COMERCIO

Leasing, es un contrato financiero regulado en primer término por las estipulaciones contractuales de las partes y en segundo lugar, por las normas generales previstas como comunes a todas las obligaciones y contratos, donde EL LOCATARIO adelanta una negociación con un proveedor que ha seleccionado libremente y sobre un bien que este ha elegido de manera autónoma y solicita a la compañía de leasing que adquiera el activo, para posteriormente financiar su adquisición.

Por lo tanto, la Compañía de Leasing actúa simplemente como un dispensador de recursos (su función es fondear los recursos) para que el Locatario pueda usufructuar un bien que posteriormente puede adquirir ejerciendo, si lo desea, una opción de compra, previo el cumplimiento de sus obligaciones.

Al regirse en primer sentido por el clausulado del contrato la responsabilidad recae a lo dispuesto por el contrato, por normas contractuales es el Locatario quien responde por los daños sufridos por el activo, pues fue éste quien escogió de forma libre y autónoma el bien, designó al proveedor del mismo, por lo cual el conocimiento, idoneidad, transparencia y profesionalismo del proveedor y la calidad del bien elegidos son responsabilidad exclusiva de EL LOCATARIO.

Por tal razón la institución financiera es quien cede las acciones y derechos a los locatarios para que estos dirijan sus recursos contra el Proveedor, para que sea El Locatario quien las ejercite directamente, ya que es quien conoce y usa el bien.

Permitiendo así al Locatario subrogarse en la posición de la Leasing para dirigirse de manera directa contra el proveedor y exigir el cumplimiento de las garantías y el pago de los perjuicios.

Lo expuesto anteriormente, encuentra sustento jurisprudencial especialmente en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, donde refiriéndose al tema señala:

> (…)[l]a 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. ..... 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[59].

Más adelante la citada sentencia contempla la cláusula de exoneración de responsabilidad indicando…

"[L]a 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"[60].

Lo anterior, puesto que es un reflejo de una realidad, en la cual la institución financiera no intervine en la escogencia del bien ni en el proveedor de éste, además los perjuicios sufridos por tal situación nada tienen que ver con la Compañía de Leasing, ya que es una situación ajena a la operación financiera, en la que se fundamenta el contrato de Leasing.

Respecto a este punto, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia trata el tema de la siguiente manera

> 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

[59] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Expediente No 6462 del 13 de diciembre de 2002.

[60] Ibíd.

> 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[61].

Esta posición de la Corte Suprema de Justicia ha sido acogida sin reparo por la Superintendencia de Industria y Comercio donde retoma la posición de la CSJ diciendo: "la empresa de leasing no está llamada a responder por los defectos de calidad e idoneidad que puedan dar lugar a la efectividad de una garantía de los bienes entregados al locatario, por cuanto no participó ni determinó la escogencia del bien y de su proveedor y, porque su actuar se limitó a facilitar la consecución del dinero necesario para la adquisición de los bienes" [62].

En consecuencia se puede ver que la dirección de las sentencias de las altas cortes como la posición de la doctrina consiste en dejar en cabeza del Locatario el riesgo de la cosa.

[61] Ibíd.

[62] SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución número 17928 del 26 de julio de 2003.

## 5. BIENES COMO OBJETO DEL CONTRATO DE LEASING

Inicialmente en los pilares de los inicios de nuestra familia legal (romana) la fuente inicial que reguló la relación e intereses entre los sujetos y las cosas fue la costumbre, esta con el tiempo fue recogida o prohibida por la ley, determinando cuales eran los alcances y límites de los sujetos en relación con las cosas, esos límites y alcances los conocemos como derechos.[63]

Nuestros sistemas de producción de fuentes legales en la actualidad no varían demasiado, primero la sociedad crea unos patrones homogéneos de conductas las cuales con posterioridad son recogidas mediante mecanismos judiciales o legales las cuales le dan el precedente de ley o de precedente.

Esta estructura de producción tiene una gran importancia al momento de realizar el estudio de bienes, puesto que la estructura de producción de la normatividad tiene una construcción desde tres pilares i) sujetos ii) acciones y iii) cosas; esta estructura ha permanecido así desde los génesis de nuestra concepción jurídica.

Justamente, Gaius, Justinianus planteó una manera práctica de realizar el estudio de como los bienes influenciaban nuestro entorno, y era observando la relación que existe entre sujetos-derecho-cosa, se encuentra en las *Institutas* o *Instiutiones* "se muestra e derecho, el cual se ha indicado habitualmente como una representación teatral, donde, de una parte están los personajes, actores: las personas, los sujetos de derecho; de otra, el escenario, las cosas, los bienes ; y, por último, la trama, al actuación: La acción, el proceso"[64].

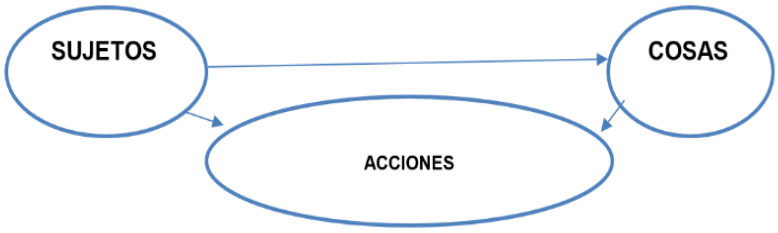
---

[63] "A lo anterior debemos señalar que las constumbres pueden llear a ser verdaderas normas de derecho independientemen de toda deleación de la ley. Cuando la consumbre contempla la ley se habla de constumbbre prater legem, y cuando las constumbres son contrarias a la ley, se le denomina constumbre contra legem.
La contmbre puede ser aplicada sin delegación del legislador cuando existe una laguna en la ley. Jean-Êtienne- Marie Portalis, en su Discurso prelimiar a la ppresentación del proyecto del Código Civil francés, expreso: "Pero a falta de texto preciso sobre cada materia, un antiguo uso, constante y bien establecido, uan serie no interrumpida de decisiones parecidas, una opinión o una máxima ocupan el lugar de la ley" puede ciatarse como ejemplo de constumbre prater legem la consumbre de la mujer casada de usar como apellido propio el apellido de su esposo, qedando a su opción emplearlo(…)" OCHOA, Oscar. Derecho civil I: personas, editorial UCAB, primera edición, Caracas, 2006, p. 86.

[64] HINESTROZA, Fernando**.** Apuntes de derecho romano -bienes-, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 14.

En este sentido, se realiza una gráfica que sirve de guía en este estudio sobre el derecho de bienes, donde existe una interrelación entre los sujetos y las cosas, esa conexión se hace por medio de las acciones.

**Figura 3. Acciones**




Fuente. Las Autoras

El presente capitulo tiene como finalidad el delimitar la estructura de los objetos de los contratos de Leasing o arrendamiento financiero desde la órbita del derecho de los bienes, es decir todos aquellos activos que pueden ser entregados en arrendamiento; para tal fin primero abarcaremos el concepto de sujetos en relación a su capacidad de tener bienes, con posterioridad revisar el concepto de cosas así como su clasificación, para luego, finalmente revisar el concepto de acciones y derechos que tiene cada individuo respecto de la posición que detente sobre una cosa.

## 5.1 SUJETO ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

Conforme a cada régimen económico y social de un país, imperio, república o cualquier tipo de organización, se le otorga a cada uno de sus individuos ciertos derechos considerados inalienables y esenciales, siendo estos la expresión de la personalidad.

La consecuencia que dichos derechos sean propios dan como resultado que no se pueden trasmitir, disponer, renuncia, terminar, puesto que estos derechos nacen con el ser humano y solo extinguen con la muerte del mismo.

Para el régimen legal colombiano, estos derechos se han denominado atributos de la personalidad[65] tales como el nombre[66]domicilio,[67], estado civil, capacidad, nacionalidad y patrimonio[68], este último atributo es el que analizaremos teniendo en cuenta bajo que este derecho se encuentra nuestro objeto de estudio de este capítulo.

---

[65] "Con la expresión atributos de la personalidad física, entendemos una serie de cualidades o propiedades que se predican de todos los seres humanos, sin distinguir su condición. Unos atributos sirven para identificar a cada persona en relación con las demás, lo cual se hace, en primer término, con el nombre y apellido y, en segundo término, con el domicilio, o sea el lucrar donde habitualmente se vive. Otros atributos se relacionan con el estado civil, esto es, la calificación de la persona en relación con la familia de donde proviene o con la que ha formado. Finalmente, existen los derechos humanos o derechos de la personalidad o documentales, que son atributos comunes a todo ser humano." VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho civil: tomo I: parte general y personas, *17 edición.*, Bogotá, Editorial Temis, tercera edición 2011, Bogotá, p. 333.

[66] "El derecho al buen nombre.—El artículo 15 de la Constitución Política consagra como un derecho fundamental de todas las personas el derecho al buen nombre y la obligación del Estado colombiano de respetarlo y de hacerlo respetar; no debe confundirse con el derecho a la honra; aquel se refiere a la buena fama o reputación, que no es más que la opinión que la gente tiene de una persona, y el derecho a la honra, también protegido por el artículo 21, es el reconocimiento que deben hacer las personas del honor de una persona, entendiendo este como "la estima propia de la dignidad que naturalmente tiene todo ser humano" Quien difame a una persona imputándole en forma dolosa hechos deshonrosos, incurre en el delito de injuria y además está obligado a resarcir el perjuicio material indirecto que le ocasione y a pagar el monto que señale el juez por el daño moral subjetivo." VALENCIA ZEA. Derecho civil: tomo I: parte general y personas. Op. cit., p. 339.

[67] "I. Las personas suelen vivir en un sitio determinado, en forma continua; en el celebran sus negocios, ejercen sus derechos civiles y públicos y, en fin, en ese concentran preponderantemente sus relaciones de orden jurídico. Dicho lugar constituye un elemento importante para identificarlas: es el domicilio. I ) El domicilio tiene por objeto relacionar a las personas con un lugar: aquel donde habitualmente se encuentran y tienen sus principales intereses familiares y económicos; es, pues, una relación jurídica entre una persona y un lugar. Con razón la doctrina define al domicilio como la "sede jurídica" o el "asiento jurídico y, aún más, como el "centro de las relaciones de una persona"-'0 de una persona En el domicilio es necesario distinguir la relación jurídica que lo constituye (construcción de la técnica jurídica), del lugar que constituye su objeto. No debe identificarse el domicilio con un lugar (un local o una casa). Cuando de una persona decimos que tiene su domicilio en tal ciudad o pueblo, en manera alguna podemos confundir la ciudad o pueblo con la calidad de "domiciliado" en ese lugar, pues simplemente estamos afirmando de esa persona un "estado", una "calidad jurídica": la de encontrarse habitualmente en esa ciudad o municipio. El municipio (ciudad o pueblo) es simplemente el factum o hecho material que la ley tiene en cuenta para crear la relación jurídica del domicilio." VALENCIA ZEA, Derecho civil: tomo I: parte general y personas. Op. cit., p. 340.

[68] "Encontramos un caso claro y concreto de universalidad jurídica en el concepto patrimonio. Todos los derechos patrimoniales que pertenecen a una persona, natural o jurídica, constituyen su patrimonio La idea de agrupación de derechos se ve clara en esta noción, como se ve clara en la universalidad jurídica llamada herencia. (Forman parte del patrimonio de una persona. en consecuencia, todos los derechos de contenido patrimonial, como los derechos reales, los derechos personales, los que recaen sobre cosas inmateriales, tal como los derechos de autor y la propiedad industrial, y los que recaen sobre universalidades, como las herencias. todas esos derechos subjetivos, susceptibles de ser avaluados pecuniariamente, es decir, que tienen contenido económico, integran la noción de patrimonio" OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. Bienes. Op. cit., p. 31

El patrimonio el cual ya mencionamos que es un atributo de los sujetos de derecho y el cual está compuesto por un activo (derechos a favor como bienes, contratos y acciones) y un pasivo que son todas las obligaciones que tiene a cargo. La resta del activo menos el pasivo da el patrimonio.

Existe en la actualidad un fuerte debate sobre si una persona tiene un patrimonio o puede por el contrario tener varios, inclusive se ha llegado a plantear la pregunta si este es un atributo exclusivo de las personas. Bajo el anterior problema surgen dos teorías; la primera denominada teoría clásica señala que existe un patrimonio por una persona mientras en contraposición encontramos la teoría objetiva que establece la posibilidad que una persona pueda tener uno o más patrimonios o por lo menos tenerlos afectos a una finalidad[69].

Ahora bien, ¿por qué la importancia del patrimonio? La respuesta parece emerger que este atributo está compuesto por bienes, los cuales son el objeto del contrato de leasing y por ende abarca la relación entre cosas y personas, es claro que el contrato de leasing[70] afecta el patrimonio de los sujetos jurídicos, teniendo un lugar especial en la reglamentación tributaria y contable.

[69] Existen varias teorias con fin de delimitar la estructura de patrimoniio, en este sentido se han señalado dos terias la clásica en la cual "el patrimonio es una emanación de la personalidad, como dice AUBRY Y RAU o, según afirmaba su precursor Zahariae, "es la idea de la persona misma del hombre en sus relaciones con los bienes que le pertenecen". Del principio que ligal el patrimnio a la personalidad derivan las demás caracterísiticas que la teoría clásica atribuye al patrimonio: a) toda persona, sea fisica o jurídica, tien un patrimonio; b) el patrionio no es transferible, aunque, sí, es tranmisible por sucesión, a la muerte de su titular¸ c) solo las persona pueden tener un patrimonio, y d) una misma persona no puede tener sino un patrimono, que es uno e indivisible como la persona misma. Esta última caracterísitica se conoce con el nombre de principio de la unidad del patrimonio. Algunas de las caracterísiticias han sido cuentionadas" Por otra parte existen la Teoría Objetiva que en contraposición a la teoría clásisca del patrimonio a señalado que existe un patrimonio-fin o patrimonio de afectación "(…) De acuerdo con ella, el patrimonio es sólo una masa de bienes y no se encuentra indisolublemente unido a la personalidad. La cohesión y unidad de los elmentos del patrimonio no arranca de la voluntad de la persona sino del fino o del destino a que está afecto el conjunto de bienes. La afectación a determinado fin justiica la existencia y razón de ser del patriminio. De esta idea central siguese la posibilidad de patrimino sin titulares y la d que una sola persona puede terner varios patrimonios." ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. y VODANOVIC, Antonio. . Tratado de derecho civil partes preeliminar y general, tomo i, Editorial Jurídica Chile, primera edición, Bogotá, 1998

[70] Reiteramos el concepto de leasing concebido por el Decreto 913 de 1993 el cual establece: "Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega, a título de arrendamiento, de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra"

Las disposiciones contabilidad o análisis financiero son importantes puesto que estas normas establecen el orden de los activos en relación a estados financieros, lo cual permite establecer el patrimonio de un sujeto.[71]

Colombia, no ha sido la excepción que el contrato de Leasing afecte el patrimonio del locatario y por ende el Estatuto Tributario esboza las normas para delimitar cual es la estructura dentro del contrato de Leasing

**5.1.1 Afectación patrimonial al locatario.** El arrendatario tiene la mera tenencia del bien como resultado de la ejecución del contrato de leasing financiero el cual se registra dentro de su balance en el sistema de contrapartidas como un pasivo, una obligación a favor de un tercero y en la medida que vaya amortizando el contrato podrá registrar solo la proporción pagada como un activo fijo (intangible)[72].

El locatario no tiene en si la propiedad del activo, siendo únicamente el titular de un derecho de uso y goce y la posibilidad de ejercer la opción de adquisición o compra y hasta tanto no haga uso de ese derecho el activo no es de su propiedad por este motivo este contrato se ingresa en el activo fijo en la cuenta de tangibles.

A la vez en el sistema de contrapartidas contables tiene una deuda por pagar a la institución financiera. Ese pago que tiene que realizar a la institución financiera que es el canon de arrendamiento se debe dividir en abono a capital y en gasto financiero y se registra en los pasivos. Esto de conformidad con el Estatuto Tributario que señala en su artículo 127-1:

---

[71] "Se puede definir la contabilidad como "Ciencia que estudia el Patrimonio y las variaciones que en él se producen". (Profesor José Rey Pombo. Contabilidad General. Editorial Thomson-Paraninfo). El patrimonio al que se refiere la definición puede ser de las organizaciones, de las empresas y de los individuos. Sin embargo, hay que completar la definición anterior, teniendo en cuenta el carácter de técnica de registro de las operaciones de naturaleza económica que afectan al patrimonio de la empresa." GRECIET PAREDES, Paula, FLORES, Armando y ORTEGA ORTEGA, Dolores. Contabilidad Básica micro, pequeña y Medianas Empresas, editorial Aula Mentor, año 2012, p. 10.

[72] "Los activos de larga vida son tangibles (de índole física) o intangibles (derechos o beneficios que no son físicos). La depreciación, el agotamiento y la amortización son conceptos análogos que la remiten cancelar sistemáticamente los costos de adquisición de estos activos a 10 largo de su vida útil. Por lo general, el agotamiento se refiere a recursos naturales; la depreciación, a otros activos tangibles y la amortización. A activos intangibles. El costo dc adquisición abarca el precio de compra y los costos incidentales necesarios para preparar el activo para su uso. (…)Los activos intangibles, entre ellos las patentes, las marcas registradas y los derechos de autor, se muestran en el balance general si se compran. Sin embargo, no se registran como activo los productos igualmente valiosos que hayan sido creados con inversiones internas" (Autores Varios ) HORNGREN CHARLES. Introducción a la contabilidad financiera, editorial Pearson Educación, séptima edición, año 2000, p. 295.

c. Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario, deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la parte que corresponda a intereses o costo financiero. La parte correspondiente a abonos de capital, se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, como un menor valor de éste. La parte de cada canon correspondiente a intereses o costo financiero, será un gasto deducible para arrendatario.

Para los efectos de este literal, el contrato debe estipular, tanto el valor del bien en el momento de su celebración, incluyendo el impuesto sobre las ventas, como la parte del valor de los cánones periódicos pactados que corresponde a cada uno de los conceptos de financiación y amortización de capital.

d. Al momento de ejercer la opción de compra, el valor pactado para tal fin se cargará contra el pasivo del arrendatario, debiendo quedar éste en ceros. Cualquier diferencia se ajustará contra los resultados del ejercicio. En el evento de que el arrendatario no ejerza la opción de compra, se efectuarán los ajustes en su renta y patrimonio, deduciendo en la declaración de renta del año en que haya finalizado el contrato, la totalidad del saldo por depreciar del activo no monetario registrado por el arrendatario. Por su parte, el arrendador hará los ajustes del caso.

e. Los valores determinados de acuerdo con los literales anteriores, serán utilizados por el arrendatario para: declarar el valor patrimonial del activo; realizar el cálculo de la depreciación, cuando ella sea procedente; aplicar los ajustes por inflación; determinar el saldo del pasivo y su amortización; y, calcular el monto de los costos financieros deducibles.
(…)[73]

Para el locatario el contrato de leasing es un pasivo que con el paso del tiempo va a quedar en cabeza del locatario solo cuando este ejerza la opción de adquisición, esto tiene una razón clara, el locatario no puede tener entre sus activos el bien objeto del contrato de leasing puesto que no es el locatario sino quien posee el dominio es la institución financiera y esta quien deberá registrar el leasing como un activo. En este sentido señala el profesor MEZA OROZCO:

(…)Esto tiene una simple explicación: los activos que se obtienen por leasing no son de propiedad del proyecto ni del inversionista, sino de la entidad financiera que los entrega en arrendamiento, de tal forma que para efectos contables, el valor de la depreciación aparece en los estados financieros de la entidad financiera y no del proyecto. Si después de vencido el plazo del arrendamiento. Se ejerce la opción de compra del activo (leasing financiero), el valor de esta opción debe aparecer registrado en los libros contables del proyecto como gasto no

[73] ESTATUTO TRIBUTARIO artículo 127-1:

deducible y a partir de este momento se empieza a recuperar esta inversión por medio del mecanismo de la depreciación. (…)[74]

Que el contrato de leasing sea una obligación para el locatario tiene una ventaja y es que al ser una obligación y no un activo por lo cual lo deja por fuera del contrato de renta y no es objeto de impuestos del patrimonio.

**5.1.2 Afectación patrimonial al locador**. El contrato de leasing tiene dos partes, un arrendador (acreedor) y un arrendatario o locatario (deudor), esta realidad no es indiferente para nuestra legislación tributaria que así lo reconoce. En donde el arrendador tiene un activo consignado en el contrato de leasing, es decir, en este caso aunque la propietaria del activo sea del banco o la compañía de financiamiento, no debe o deberá reportar dentro de su patrimonio el bien objeto del contrato de leasing, sino lo que reporta es una obligación a su favor, es decir reporta como activo como una cuenta por cobrar.

Esta razón de no registrar dentro del patrimonio el bien objeto del contrato de leasing tiene una razón económica fundamental y es que aunque la entidad financiera es la propietaria del activo no existe ningún provecho distinto que comprarlo para entregarlo en arrendamiento, en últimas como señalamos en el capítulo anterior, solamente puede comprarlo para hacer leasing puesto que cualquier otra actividad se encuentra prohibida.

En este caso si lo que se registra a favor de la leasing no es el bien objeto del contrato de leasing sino que es el contrato de leasing y lo debe ingresar a su balance como un activo.

Es de señalar que los bienes de las cuales son propietarias y que son entregados en arrendamiento financiero se ingresan en una cuenta que se denomina cuentas de orden[75] que no tiene incidencia en el estado financiero ni en el patrimonio pero

[74] MEZA OROZCO, Jhonny De Jesús. Evaluación financiera de proyectos: 10 casos prácticos resueltos en Excel, Editorial Ecoe Ediciones, Tercera Edición, Bogotá 2011, p. 295.

[75] PLAN UNICO DE CUENTAS, GRUPO 9 Decreto 2650 de 1993. "Agrupa las cuentas que registran los compromisos o contratos que se relacionan con posibles obligaciones y que por tanto puedan llegar a afectar la estructura financiera del ente económico. Igualmente, se incluyen aquellas cuentas de registro utilizadas para efectos de control interno de pasivos y patrimonio, información gerencial o control de futuras situaciones financieras, así como para conciliar las diferencias entre los registros contables de los pasivos y patrimonio y las declaraciones tributarias

que sirve para que inversionistas, propietario, terceros e interesados puedan observar cual es la composición del portafolio de la compañía.

Como mencionamos, el acreedor en el contrato de leasing debe ser registrado como un activo una cuenta por cobrar, mientras el deudor o locatario deberá tener un pasivo por el valor total de la obligación del contrato de leasing.[76]

## 5.2 CONCEPTO DE BIEN EN DERECHO ROMANO

Inicialmente la concepción romana sobre el derecho de bienes se suscribía a la noción de cosa (*Res*) entendido como los objetos sobre los cuales recaían derechos patrimoniales, en ese sentido, en el derecho romano concibió a las cosa en una connotación más amplia y genérica, siendo la res todo objeto susceptibles de derechos.[77]

Podemos aseverar que para el derecho romano las *"*cosa (res) es todo objeto que produce satisfacción al sujeto de derecho; así, la palabra se aplica tanto a los

[76] El artículo 127-1 Del Estatuto tributario establece que:
(…)
2. Los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, en la parte que correspondan a terreno, cualquiera que sea su plazo; los contratos de "lease back" o retroarriendo, cualquiera que sea el activo fijo objeto de arrendamiento y el plazo de los mismos; y los contratos de arrendamiento financiero que versen sobre los bienes mencionados en el numeral anterior, pero cuyos plazos sean inferiores a los allí establecidos tendrán para efectos contables y tributarios, el siguiente tratamiento: a. Al inicio del contrato, el arrendatario deberá registrar un activo y un pasivo por el valor total del bien objeto de arrendamiento. Esto es, por una suma igual al valor presente de los cánones y opciones de compra pactados, calculado a la fecha de iniciación del contrato, y a la tasa pactada en el mismo. La suma registrada como pasivo por el arrendatario, debe coincidir con la registrada por el arrendador como activo monetario, en la cuenta de bienes dados en leasing. En el evento de que el arrendatario vaya a hacer uso del descuento del impuesto a las ventas previsto en el artículo b. El valor registrado en el activo por el arrendatario, salvo la parte que corresponda al impuesto a las ventas que vaya a ser descontado, tendrá la naturaleza de activo no monetario, sometido a ajustes por inflación. En el caso de que el bien objeto de arrendamiento financiero sea un activo depreciable o amortizable, el activo no monetario registrado por el arrendatario se depreciará o amortizará, utilizando las mismas reglas y normas que se aplicarían si el bien arrendado fuera de su propiedad, es decir, teniendo en cuenta la vida útil del bien arrendado. En el caso de que el bien arrendado sea un activo no depreciable o no amortizable, el arrendatario no podrá depreciar el activo no monetario registrado en su contabilidad.

[77] "Cosa. — Cosa —res—, en sentido propio, es todo objeto del mundo exterior el cual pueden recaer derechos. El campo de las cosas se limita a los objetos materiales o corpóreos —el praedium, el servus, el supellex, la pecunia numerata—, y no a todos, a aquellos que son jurídicamente comerciables. Esta noción es conforme con la vieja mentalidad romana, para la cual no son las prestaciones, los servicios, las entidades inmateriales." IGLESIAS, Juan. Derecho romano historia e instituciones, undécima edición, editorial Ariel, Barcelona, p. 206

objetos que se encuentran dentro del patrimonio de alguien como aquellos que no han sufrido tal apropiación"[78].

Siendo las cosas aquellas del dominio exclusivo de una persona la que se denomina bienes *(bona)*[79]*, bajo* la máxima "Quae *domini sunt o quae bona fide possidentur"*[80]. Es decir, la cosa era todo aquello susceptible de ser objeto de patrimonio siéndolo o no, mientras que los bienes son aquellas cosas que tienen una destinación exclusiva de ser objeto de goce.

Ahora bien, aunque el concepto de cosa y bien para el derecho romano era uniforme, la clasificación tanto de los bienes como de las cosas no fue uniforme, puesto que dependía del momento histórico en que se encontraba el Imperio romano y la regulación que lo regía.

En las instituciones de Gayo[81], se establece la clasificación tradicional de las cosas teniendo dos divisiones en aquellas que podías ser objeto del patrimonio y aquellas que se encontraban afuera del patrimonio.

La definición de bien es una construcción histórica que ha realizado el derecho, es decir, su definición no siempre fue consecuente y consonante sino que es el producto de diferentes derivados y productos de las creaciones de juristas y aún

---

[78] Respecto a la concepción de la cosa en las diferentes etapas del derecho romano cabe resalta "En época clásica sólo las cosas corporales pueden ser objeto de los derechos reales; ya que en la época posclásica los elementos abstractos que la evolución ha introducido en la reflexión jurídica permiten a los juristas considerar la existencia de derechos reales sobre cosas incorporales." GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Manual de derecho romano, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1996, p. 261.

[79] "El concepto ético de la fides o bonafides, tomado en cuenta por el Derecho, sin retoques o modificaciones de ningún género, significa la creencia leal, la honesta convicción de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa. De ordinario, la buena fe se basa en el error de creer que el precedente poseedor era propietario de la cosa. No es preciso, sin embargo, que se trate de un error de tal naturaleza y así, v. gr., cabe que se sepa que se adquiere del no propietario, pero con la persuasión de que no se lesiona al propietario. Por lo demás, los juristas romanos no que el error en que se basa la buena fe sea excusable." IGLESIAS JUAN. Derecho romano historia e instituciones, Ob.Cit. 267.

[80] GONZÁLEZ DE CANCINO, Op. cit. p. 246.

[81] Las Institutas de Gayo es unas de las compilaciones y fuentes del derecho romano y son utilizadas como fuente de conocimiento y adopción de normas "c) "Institutas" de Gayo, cuyos originales fueron hallados en Verona por Niebuhr, en el año 1816, en un palimpsesto mientras estudiaba escritos de San Jerónimo. Se publicaron en Alemania en 1820 por primera vez. Constituyen un tratado elemental de derecho, presumiblemente compuesto con fines de enseñanza" FESSIA, Ricardo. Breve síntesis histórica de roma y su derecho, editorial Universidad De Litoral, Santa Fe, 1996, p. 134

más importante, de hechos en el mundo que llegan a una conclusión sobre el concepto de bien y sus diferentes clasificaciones.

Inicialmente en los albores del derecho romano no se distinguió la concepción de cosa, es decir, el concepto de bien era indiferente, distinguiéndose entre los conceptos de cosa (*res*) y de ius (*derecho*)

Como no es nuestro propósito ahondar en la clasificación del derecho romano sobre el concepto y tratamiento de las cosas, realizaremos a modo de ejemplo las divisiones más importantes que se realizaron:

**5.2.1 Res in patrimonium y res extra patrimonium**:[82] el alcance de la palabra *res* extendía a todos las cosas que podían aumentar el patrimonio de una persona, sin embargo, se entendía que existían cosas que se escapaban del dominio privado. Como aquellas que servían al dominio público como las murallas, monumentos. [83]

**5.2.2 Res divini iuris**[84]. Todos aquellos activos que se escapaban del dominio privado, tenían la siguiente división:

**5.2.2.1 Res Sacrae.** (Cosas sagradas). Eran las consagradas al culto. Tales como los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los dioses superiores por una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial.

**5.2.2.2 Res religiosae**. Eran los terrenos y los monumentos unidos a las sepulturas consagrados a los dioses.

---

[82] IGLESIAS , Juan. Op. cit., p. 207.

[83] No fácil distinguir una clasificación de las cosas en derecho romano, sin embargo se ha adoptado la clasificación traída en las Instituciones de Gayo, en la cual encontramos una aporte importante de la taxonomía jurídica, al respecto "En las Instituciones de Gayo encontramos una clasificación tradicional de las cosas. La primera división establece que es pueden estar en nuestro patrimonio (res in patrimonio) o fuera de él (res extra patrimonium). La mayoría de las cosas está dentro de un patrimonio particular, pero razones de derecho divino o de derecho humano, en el lenguaje romano, pueden determinar que algunas de ellas no sean susceptibles de apropiación particular." GONZÁLEZ DE CANCINO. Op. cit. p. 262.

[84] IGLESIAS, J. Derecho romano historia e instituciones. Op. cit. p. 208.

**5.2.2.3 Res sanctae**: Eran las cosas importantes para la estructura de gobierno romana y que tenían una protección contra los atentados de los hombres tales como los muros y las puertas de las ciudades.[85]

**5.2.3 Res humani iuris**. Son todas las cosas diferentes a la res divinis y que por lo tanto se rigen por el derecho humano. A su vez se subdividían en res communes, res publicae, res universitatis y res privatae o singulorum.

**5.2.3.1 Res comunes.** Aquellas que no pertenecía a nadie y su uso era común a toda la humanidad, como ejemplo es el aire y el mar.

**5.2.3.2 Res publicae**. Cosas de común y exclusivo del pueblo romano. Como vía, los puertos, las corrientes de agua.

**5.2.3.3 Res universitatis.** Aquellas por su destino público no eran objeto de propiedad particular o individual y pertenecían a ciertas personas morales como ciudades o corporaciones. Tales eran los teatros, las plazas, los baños públicos.

**5.2.3.4 Res privatae o singulorum.** Eran las cosas susceptibles de propiedad y que conformaban el patrimonio de las personas. Se les llamó también bona (bienes) al tener como fin el satisfacer las necesidades personales.[86]

## 5.3 CONCEPTO DE BIENES EN DERECHO COLOMBIANO

Existe una división entre cosa[87] y bien, la cual debe limitarse si pretendemos comprender el concepto entre ambas figuras; por ello comenzamos manifestando

---

[85] IGLESIAS JUAN. Derecho romano historia e instituciones, Ob.cti. 209 y siguientes.

[86] Ibíd.

[87] ““El término "cosa", desde el punto de vista ontológico, tiene dos significados: En sentido general. Según este sentido todo lo que existe en la naturaleza es cosa, con excepción el ser humano. Cosa es todo ser corpóreo o incorpóreo, apropiable o inapropiable por el hombre, perceptible o no por los sentidos, ocupe o no un espacio físico en la naturaleza. Las ondas eléctricas, el ambiente, el sonido, el alta mar, la energía solar, el paisaje, los derechos reales y personales, una silla, una máquina de escribir, son cosas en sentido general. "Todo lo que tiene entidad ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta” En sentido particular. La palabra cosa designa todo aquello susceptible de apropiación por el hombre. Conforme a este concepto, el alta mar y el sonido son cosas en sentido general, mas no en el particular, ya que no son

la noción de cosa, la cual posee en el derecho contemporáneo dos acepciones: una concepción general o amplia y una concepción restringida o escrita.

La concepción amplia entiende como cosa a todo aquello que existe en la naturaleza diferente al ser humano[88], los sonidos, las notas, el agua, el océano, los rayos solares, la luz utravioleta, los rayos gamas, entre otros son considerados como cosas.

La definición restringida de cosa es utilizada para comprender todo aquello de apropiación por el hombre, teniendo como consecuencia que las cosa los rayos gamas, ultraviloletas o demás son cosas en el sentido amplió pero para el sentido estricto de la concepción de cosas no lo es.

El concepto de bien, surge en este punto, y es que se entiende por bien toda cosa que hace parte del patrimonio del sujeto de derecho y que por sus características económicas o pecuniarias incrementa dicho patrimonio.

En este punto podemos decir que bien es una cosa, que hace parte del patrimonio de los sujetos del derecho y que por ende incrementa al mismo. De aquí se desprenden las tres características de bienes. i) Son cosas, ii) hacen parte del patrimonio y iii) incrementan económicamente el patrimonio.[89]

---

susceptibles de apropiación. Un vestido, una vajilla, un árbol, son cosas en sentido restringido. El concepto de cosa para los romanos estuvo fundado en la idea de utilidad que ella prestara a los seres humanos. Un objeto inútil no podía ser cosa. El esclavo fue considerado como res mancipi hasta el momento de la aparición del peculio, con el cual se le reconoció una personalidad natural" VELASQUEZ JARAMILLO. Guillermo Bienes, editorial Temis, doceava edición, Bogotá, p. 2.

[88] En la legislación contemporánea existe un consenso en extraer al ser humano como cosa, dicha exclusión también ha sido recogida por nuestro ordenamiento jurídico "La legislación universal repudia el tratamiento del ser humano como cosa o bien. Los términos empleados por la doctrina o algunas leyes traídos del derecho como transferencia o donación de órganos, alquiler o arrendamiento de vientre, recursos humanos, transferencia de jugadores, etc., implican una cosificación del sujeto del derecho al menos terminológicamente. Sobre este tema, y especialmente sobre la denominada transferencia de jugadores en el fútbol profesional." CORTE CONSTITUCIONAL, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, sentencia C- 320 de 3 julio 1997.

[89] "Todas las definiciones de bienes destacan como requisito esencial para poder hablar de bien jurídicamente, el carácter patrimonial de objeto que pretende calificarse como tal (…) Cuando son apreciables por la vista, el oído, el tacto el olfato o el gusto, estaremos ante una cosa corporal. Si además ella es susceptible de apropiación por un sujeto de derecho y esa apropiación implica un enriquecimiento patrimonial, no encontramos ante un bien corporal" ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de derecho civil. Los bienes y los derechos reales, cuarta edición, Santiago de chile, editorial Nacimiento, p. 7.

Esta definición y distinción es académica puesto que nuestra legislación no distingue entre bienes y cosas, al leerse el artículo 653 de nuestro Código Civil encontramos "<CONCEPTO DE BIENES>. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas."

En este mismo sentido como lo señala el profesor OCHOA CARVAJAL quien señala:

> De la lectura este primer artículo del libro II podemos de deducir que el código civil asimila los términos cosa y bien: los hace sinónimos. La doctrina ha distinguido los dos conceptos. Ha dicho que cosa es todo lo que tiene existencia (sin contar al hombre, pues las cosas se relacionan con el hombre, lo rodean) sea corporal o intelectual. Un libro, un río, una estrella, la Luna; pero también una canción, un poema, una novela[90].

## 5.4 CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS.

Aunque sobre la definición de cosas no se refiere el Código Civil colombiano, si es cierto que hace mención a la clasificación de las cosas, teniendo una estructura el Código de Andrés Bello de orígenes romanos, haremos un mapeo para entender la configuración de nuestro régimen civil.

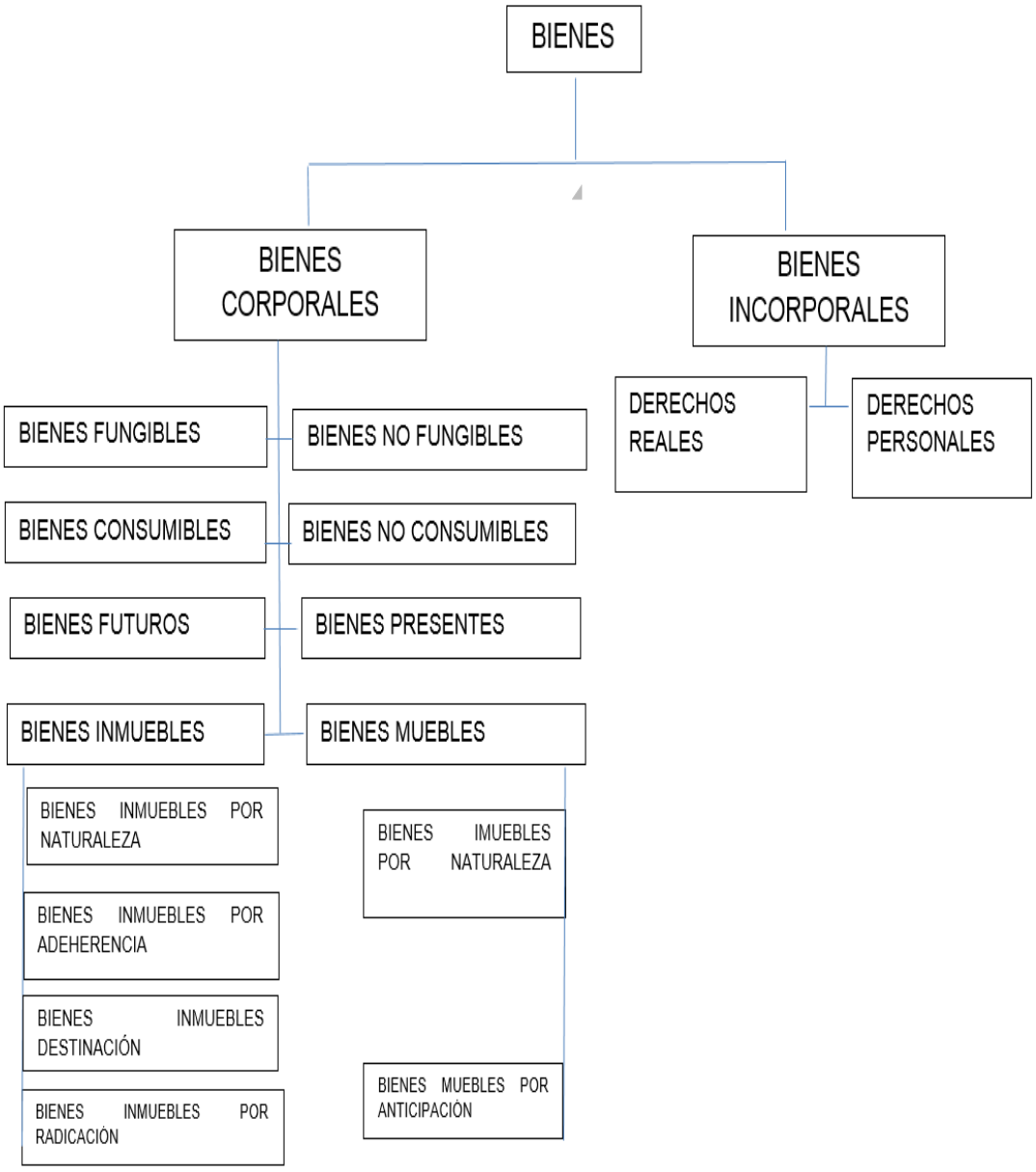
En el punto de partida de nuestro análisis sobre las normas locales, observamos que nuestra clasificación del Código Civil tiene sus raíces y génesis en el escrito del jurista Gayo en las Institutas[91], texto al cual ya nos hemos referido. Por lo presente realizamos la presentación de las clasificaciones que nuestro cuerpo normativo trae consigo.

[90] OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. Bienes, 7 ed. Bogotá: Temis, 2011. p. 6.

[91] FESSIA RICARDO. Breve síntesis histórica de roma y su derecho. Op. cit. p. 134.

## 5.5 ESTRUCTURA DE LOS BIENES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

**Figura 4. Estructura de los bienes en la legislación colombiana**




Fuente. Las Autoras

**5.5.1 Bienes corporales**[92]**.** Son bienes corporales todos aquellos que tienen unan entidad material o física y que pueden ser percibidos por el hombre, se dicen que son todos aquellos que son tangibles[93].

Esta categoría se encuentra registrada en el artículo 653 de nuestro Código Civil el cual obra "(…) Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. [Los bienes] Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas"[94]

Desde este punto se desprende varias subclasificaciones de los bienes corporales.".

[92] Sobre el origen de esta clasificación encontramos "El origen de esa falla se encuentra en el mismo sistema romano, efectivamente, en este derecho se distinguieron dos clases de cosas: las denominadas cosas corporales y las cosas incorporales. Aquellas eran los entes de la naturaleza, lo perceptible por los sentidos; estas, los derechos subjetivos, especialmente los créditos. Dicha clasificación nació de una confusión. Los romanos confundieron el derecho de propiedad (su titularidad) con su objeto, o sea la cosa sobre la cual se ejerce. Es verdad que en la propiedad se acentúa una corresponde entre el derecho y la cosa; entre el poder jurídico (titularidad) y la sobre la cual se ejerce. Es más: el mismo derecho de propiedad llegó a designarse corrientemente por el objeto. El propietario, en vez de abreviadamente dice: decir "mi derecho de propiedad sobre esta casa", "mi casa" Esta incorrección del lenguaje en sí es inofensiva; lo grave consiste en elevarla a doctrina al observar los romanos que una persona componía sus bienes con propiedades sobre cosas y con créditos, y que estos no se materializaban en una cosa, por una parte, y, por otra, al materializar la propiedad con el objeto, era apenas natural que clasificaran los bienes en cosas y derechos. Las cosas, en realidad, como bienes eran propiedades, y las denominaron cosas corporales; los demás derechos no susceptibles de materializarse con la cosa, recibieron el nombre de cosas incorporales."" VALENCIA ZEA, Arturo, La posesión, Bogotá, Temis, tercera edición, 1983, Bogotá, pp.. 49-51

[93] Gayo trae al terreno jurídico una distinción elaborada por los filósofos: la entre res corporales y res incorporales. Según el jurista romano, son corporales las cosas que se pueden tocar —quae tangi possunt—, como un fundo, un esclavo, un vestido, una de oro o de plata; incorporales, las no tangibles —quae tangi non possunt—, esto es, las "Vistunt, como una herencia, un usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier servidumbres rústicas y urbanas. Como se ve, Gayo no enumera entre los derechos —res incorporales— la propiedad, por considerar materializado el derecho en su objeto; la propiedad queda absorbida en las res corporales. Con esta distinción no se destruye ni se amplía el concepto propio de res, refiere siempre a la cosa material, al corpus. No se trata, en realidad, de una distinción entre las res, sino de una clasificación de elementos del patrimonio, en la cual la copropiedad se unimisma con la cosa. Res se entiende aquí en el sentido de elemento patrimonial. El patrimonio está constituido por cosas —se nombran las cosas en lugar del de propiedad— y por derechos: derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad de herencia, etc. Por derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad, que se confunden con la cosa sobre que recae; que es, en todo caso, res incorporalis. IGLESIAS, Juan. Derecho romano historia e instituciones. Op. cit. p. 207.

[94] CODIGO CIVIL

**5.5.1.1 Bienes fungibles o no fungibles**[95]: Son todos aquellos activos que pueden ser intercambiados por otros activos los segundos en oposición no se pueden cambiar por otros bienes. Un ejemplo por excelencia de bienes fungibles es el dinero o la moneda, pues son bienes que son fácilmente intercambiables. [96] Esta clasificación se encuentra en el artículo 663 del Código Civil el cual señala: "<COSAS MUEBLES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES>. Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan"[97].

Suelen haber dos clases de fungibilidad:

- La objetiva que es el intercambio de productos de igual cantidad y calidad del bien, por ejemplo dos manzanas se cambian por dos manzanas y,

- La subjetiva cuando la equivalencia equivale o es sometida a un criterio por ejemplo 1 euro equivalen a 3000 mil pesos[98].

---

[95] "El artículo 663 divide las cosas muebles en fungibles y no fungibles, y señala que "a las primeras pertenecen aquellas dc que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan". La doctrina es acorde en señalar que este concepto es equivocado. Lo que el Código define como tangible debe llamarse más apropiadamente como consumible, y lo que entiende por no fungible debe mirarse como no consumible. Bien consumible, en consecuencia, viene a ser aquel que cuando se usa de conformidad con su naturaleza se destruye o se extingue. Las bebidas, los alimentos, las drogas, las materias primas e, inclusive, el dinero del que se dice que se destruye civilmente al gastarla (consumirlo enajenarlo). Precisamente por esta razón los bienes consumibles son objeto del contralo de mutuo o préstamo de consumo y no del comodato o préstamo de uso, ya que en el mutuo la cosa se usa y se consume y se responde con de igual calidad y cantidad, en tanto que en el comodato la cosa se usa y se restituye. Por la misma razón el usufructo no puede recaer sino sobre bienes no consumibles." OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. Bienes, Op. cit. p. 22.

[96] "suelen determinarse según su número, medida o peso, y que, por regla general, son sustituibles; esto es, se toman en cuenta solo su medida y calidad, pero no individualmente como el dinero, los granos, el vino, los libros en rústica, y con frecuencia, aunque no siempre, los títulos de valor" CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo, Curso de derecho civil. De los bienes. Quito, Ediciones Universidad Católica de Quito, 1982, p. 87.

[97] Código Civil Art. 663

[98] "Es objetiva cuando la misma naturaleza de las cosas las hace comparables o liberables entre sí por tener unas mismas cualidades o características comunes. Es subjetiva cuando el hombre, mediante un juicio de valor, equipara varias cosas con características diferentes que, por razón de su uso o equivalencia económica, desempeñan para él un mismo papel. El ejemplo típico está dado por el campesino que va a una tienda y por no haber trigo recibe avena, en razón de que cualquiera de los dos productos cumple de igual manera la finalidad de su subsistencia." VELASQUEZ JARAMILLO, Op. cit. p. 41.

**5.5.1.2 Bienes consumibles o no consumibles.** La primera clasificación hace mención a todos aquellos bienes que ese extinguen en su primer uso como por ejemplo la gasolina, el combustible al ser utilizado no se puede nuevamente a reutilizar porque se transforma en energía y en otros componentes como Co2 (DIOXIDO DE CARBONO) O3 (OZONO); a diferencia de los primero los segundos si se puede utilizar nuevamente y tiene un uso programado, como por ejemplo los vehículos o aeronaves[99].

**5.5.1.3 Bienes presentes y futuros.** Los primeros son aquellos que existen al momento de celebración y ejecución del negocio jurídico, los segundos son aquellos que surgirán con posterioridad a la celebración y ejecución del acto jurídico, como es el caso de negociar con los frutos que aun no han brotado o surgido[100].

**5.5.1.4 Bienes muebles[101]**: Son todos aquellos bienes corporales que pueden trasladarse de un lugar a otro por si mismo o por ayuda de un tercero[102]. Estos a su vez se subdividan: a) bienes muebles por naturaleza que son aquellos que todos aquellos que la aptitud de movimiento es intrínseco a su naturaleza tales como son los semovientes y b) bienes muebles por anticipación que son todos aquellos que siendo su vocación ser inmuebles al ser sometidos a un negocio o acto jurídico se convierten en muebles, como los tractores o la cosecha que aún no sido recogida.

Al respecto señala el artículo 655 del Código Civil: "Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas" Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658(inmuebles por destinación)"[103].

---

[99] "La consumibilidad puede ser jurídica o natural. Es jurídica cuando la cosa sale definitivamente de nuestro patrimonio, como en su enajenación. Es natural cuando desaparece físicamente, como una gaseosa que se consume.", Ibíd. p. 43.

[100] Ibíd., p. 47.

[101] "Esta clasificación de las cosas obedece al hecho de que Se puedan transportar de un lugar. En el primer caso son muebles, y si lo hacen por sí mismas, el artículo 655 las llama semovientes. Si, por el contrario, requieren para transportarse de un lugar a otro una fuerza extraña, serán cosas muebles inanimadas. Inmuebles, o fincas, o bienes raíces, como se llaman en el artículo 656, con términos sinónimos, son los que no pueden transportarse de un lugar a otro." OCHOA CARVAJAL, Op. cit. p. 6.

[102] VELASQUEZ JARAMILLO, Op. cit. p. 40.

[103] CODIGO CIVIL Art. 655

**5.5.1.5 Bienes inmuebles**[104]: Son los bienes que no pueden ser movilizados o trasladados de un lugar a otro y que su principal característica es ser estáticos. Se encuentran recopilados en el 656 del Código civil y señala: <INMUEBLES>. Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles las casas y veredas se llaman predios o fundos"[105]

A su vez se subclasifican:

- *Bienes inmuebles por naturaleza.* Todos aquellos que no se pueden mover porque su naturaleza no se los permite como un predio rural o el suelo.

- *Bienes inmuebles por adherencia*.[106] Todos aquellos que por una fuerza o unión física conforman un bien inmueble como es el caso del ladrillo que se une para conformar un inmueble.

- *Bienes inmuebles por destinación*: Son los muebles que al ser utilizados o empleados en inmuebles adquieren la connotación de inmuebles, el ejemplo por excelencia son los tractores que se destinan a trabajos en un predio rural.

---

[104] VELASQUEZ JARAMILLO, Op. cit. p. 39

[105] CÓDIGO CIVIL. Art. 656

[106] "Los bienes muebles que están permanentemente adheridos al inmueble por naturaleza, como los árboles y los edificios, según el artículo 656, se consideran inmuebles por adhesión. Al hablar de edificio es necesario recurrir a la antológica exposición que sobre el tema realizó ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo en su obra De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil, a propósito de la responsabilidad por la ruina de los edilicios. Allí definió el edificio con los siguientes términos: "Se desprende que tal es toda obra o construcción ejecutada por el hombre mediante la unión de materiales y adherida al suelo permanentemente. Es indiferente su naturaleza u objeto (casa, teatro, iglesia, puente, túnel, bodega, establo, acueducto); los materiales de que se compone (hierro, piedra, cemento, ladrillos, adobes, madera), su tamaño e imponencia (rascacielos o edificio de un piso), el tiempo que haya de durar (edificios construidos para una exposición); que esté sobre a debajo de la superficie (galería subterránea, alcantarillas, pozos). Lo esencial es que se trate de una obra construida por el hombre mediante la unión de materiales que adhieren al suelo de un modo permanente. Una obra así construida es edificio y cumple con ese requisito toda aquella que permanece inmóvil en el mismo sitio aunque no esté destinada a durar a perpetuidad. Los artículos 2323 y 2324 se aplican, por tanto, a las casas de habitación o de oficinas, los edificios públicos, almacenes, palacios, portales, galerías, pasajes, iglesias, teatros, monumentos, bodegas, fábricas, torres, establos, garajes, muros de cerramiento o divisorias, puentes, canales, diques, acueductos, represas, malecones, túneles, pozos, subterráneos, etc." OCHOA CARVAJAL. Op. cit. p. 12

- *Inmuebles Por Radicación*: Aquellos que son usados para complementar o adornar un inmueble como son los enchapes en oro de una bañera, los grifos en plata de un lavamanos o los faroles de un patio.

**5.5.2 Bienes incorporales.** Son todos aquellos que carecen de una entidad física, siendo imperceptible por los sentidos. Suelen subclasificarse en derechos reales[107] y personales, los primero son los que tienen una persona en relación con un bien y puede oponer su derecho a un tercero, tales como el domino, la retención, la hipoteca etc.[108]

Los segundos son todos aquellos derechos que tiene una persona en relación a otra persona, mientras los reales son aquellas potestades que se pueden reclamar frente a los terceros sobre una cosa, los derechos personales son todas las potestades que se tienen en relación con una persona, tales como los derechos crediticios, los cuales solo son posible exigir en relación con esta persona.

El Estudio sobre los derechos reales y derechos personales[109] ha sido un tema de gran polémica en el interior del mundo jurídico, surgiendo muchos debates sobre cuáles son sus alcances[110].

---

[107] El que se ejercer sobre "una cosa corporal determinada" VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho civil, Bogotá, Temis, p. 244

[108] Con base en esta definición, se dejan por fuera de los derechos reales los que se ejercen sobre objetos incorporales (propiedad intelectual e industrial) y los derechos universales ejercidos sobre una universalidad jurídica (la herencia) VELASQUEZ JARAMILLO. Op. cit., 96.

[109] "La denominación técnica de derechos reales que se viene utilizando tiene un significado técnico propio y un preciso origen lingüístico, que conviene dejar aclarados ya desde este momento para evitar equívocos innecesarios. Comenzando por considerar el origen de la expresión, la denominación «derechos reales» toma como punto de partida el sistema jurídico romano, en el que se denominaban iura in re (esto es, derechos sobre la cosa) ciertas facultades recayentes sobre los bienes que podían ser ejercitadas por su titular (o titulares), con independencia de quién ostentase la propiedad de tales bienes. Dicha «adherencia» o inherencia del derecho real a la cosa sobre la que recae sigue siendo hoy día una de las características de nuestro sistema jurídico, por lo que puede afirmarse que tanto la denominación como la idea esencial del derecho real son tributarias del Derecho romano, de cuyo esquema originario se han separado escasamente los modernos Derechos en este sector del programa de la asignatura. Con todo, debe advertirse, ya en este momento, que el anterior aserto no deja de ser una verdad a medias, al menos respecto de los derechos reales que recaen sobre los bienes inmuebles, que obviamente son, con carácter general, los de mayor trascendencia económica. En efecto, la creación del sistema hipotecario, que es una conquista del siglo XIX en todos-los países europeos, plantea los supuestos prácticos de derechos reales inmobiliarios sobre bases notoriamente diferentes a las propias del prístino sistema romano, en el que la publicidad de los derechos reales inmobiliarios seguía exclusivamente reglas de las que, hoy día, denominaríamos civiles, por contraposición a las hipotecarias o registrales." LASARTE Carlos. Propiedad y derechos reales de goce, quinta edición, editorial Marcial Pons, p. 4

Para efectos del presente trabajo partimos de la hipótesis de que derecho Real es aquel que tiene un sujeto en relación con un bien y que le es oponible a terceros[111]. En este mismo sentido se encuentra el profesor Flórez Roncancio quien esboza: "al indicarse que un derecho real, es porque puede hacerse oponible frente a terceros. Dicha oponibilidad consiste en que el titular del derecho (…) sobre un bien lo haga valer frente a las otras personas, sin más necesidad que demostrar que es [ese derecho]; un tercero no puede interferir en ese vínculo jurídico entre sujeto y objeto[112].

## 5.6 ACCIONES

Las acciones son todos los mecanismos que posee el sujeto de derecho para hacer efectivo cada una de las prerrogativas dadas por un sistema legal respecto de un bien, por ejemplo, si se encuentra el propietario busca realizar la devolución de la mera tenencia de una cosa entregada en arrendamiento, el dueño tendrá como acción legal el ejercicio de proceso de restitución para la devolución de la

---

[110] "Las nociones derecho real y derecho personal no han tenido un recorrido pacífico en cuanto a su definición y efectos. Varias teorías tratan el tema y pueden resumirse así: I. Teoría dualista o tradicional. 2. Teoría unitaria personalista y 3. Teoría unitaria realista. 3.1 Teoría dualista o tradicional Se denomina dualista porque las nociones de derecho real y personal son categorías jurídicas autónomas, independientes y perfectamente diferenciables.(…) 3.2 Teoría unitaria personalista o del sujeto pasivo universal Para esta tesis, impulsada arduamente por PLANIOL, solo existe la noción de derecho personal. No se concibe la existencia de una relación jurídica entre un sujeto de derecho y un objeto, tal como la concibe la teoría dualista frente a la noción de derecho real (…)3.3 Teoría unitaria realista Esta tesis considera que todos los derechos son reales, ya que en el fondo los denominados derechos personales siempre recaen sobre el patrimonio del deudor. De esta forma, el único derecho es el real que implica la relación del sujeto con el bien. El derecho personal no sería una relación sujeto activo-sujeto pasivo, sino una relación entre el patrimonio del acreedor y el patrimonio del deudor."

[111] "En línea de máxima, la existencia de un derecho real cualquiera atribuye a su titular la posibilidad de exigir a todos los restantes miembros de la colectividad el respeto del mismo. En tal sentido, se afirma que el derecho real es eficaz frente a cualquiera, bajo la expresión común (y cristalizada) de que tiene eficacia erga omnes o bien calificándolo (por quienes gustan de utilizar tal expresión) como un derecho absoluto (epíteto que, como sabemos, trata de expresar su oponibilidad frente a todos y no su carácter ilimitado. Es preferible, pues, la utilización de derecho general, tal como vimos en el primer tomo). Por consiguiente, el titular de un derecho real, aunque sea limitado, puede ejercitar las facultades que le sean propias, con independencia de quién sea la persona con la que haya de relacionarse (aunque sea el mismo propietario de la cosa), actuando directa e inmediatamente sobre la cosa. Con lo dicho (que, en primera lectura, resultará confuso y abstracto, mientras no se estudien los capítulos sucesivos), creemos haber realizado una caracterización general e inicial del significado propio de los derechos reales, que se verá completada en seguida, cuando los contrapongamos, en el siguiente epígrafe, a los denominados derechos de crédito." LASARTE, Carlos. Propiedad y derechos reales de goce, quinta edición, editorial Marcial Pons, 7.

[112] FLÓREZ RONCANCIO, Jesús David. Derecho Civil Bienes, editorial Temis, primera edición, Bogotá, 2012. p. 66.

tenencia del mismo, dependiendo del derecho que se pretenda salvaguardar se tendrá una duda determinada.

Dependiendo de las características propias del derecho, el sujeto tendrá una acción específica, por ejemplo el derecho real[113] consigna acciones para hacerla valer frente a terceros teniendo este tipo de acciones dos características fundamentales preferencia y persecución.[114]

## 5.7 ESTRUCTURA DEL DERECHO DE LOS BIENES EN LOS CONTRATOS DE LEASING

El objeto del contrato de leasing tiene como objeto la entrega de la mera tenencia de un activo para su uso y goce con la opción de adquirir la propiedad de la cosa. En esa relación desarrollaremos la estructura del contrato de leasing para en el capítulo siguiente proceder a realizar un desarrollo integral de este contrato de Leasing. Como veremos el contrato de Leasing esta segmentado en varias etapas porque su ejecución no es instantánea, por el contrario es escalonado y tiene varios momentos, varios segmentos los cuales mostraremos a continuación:

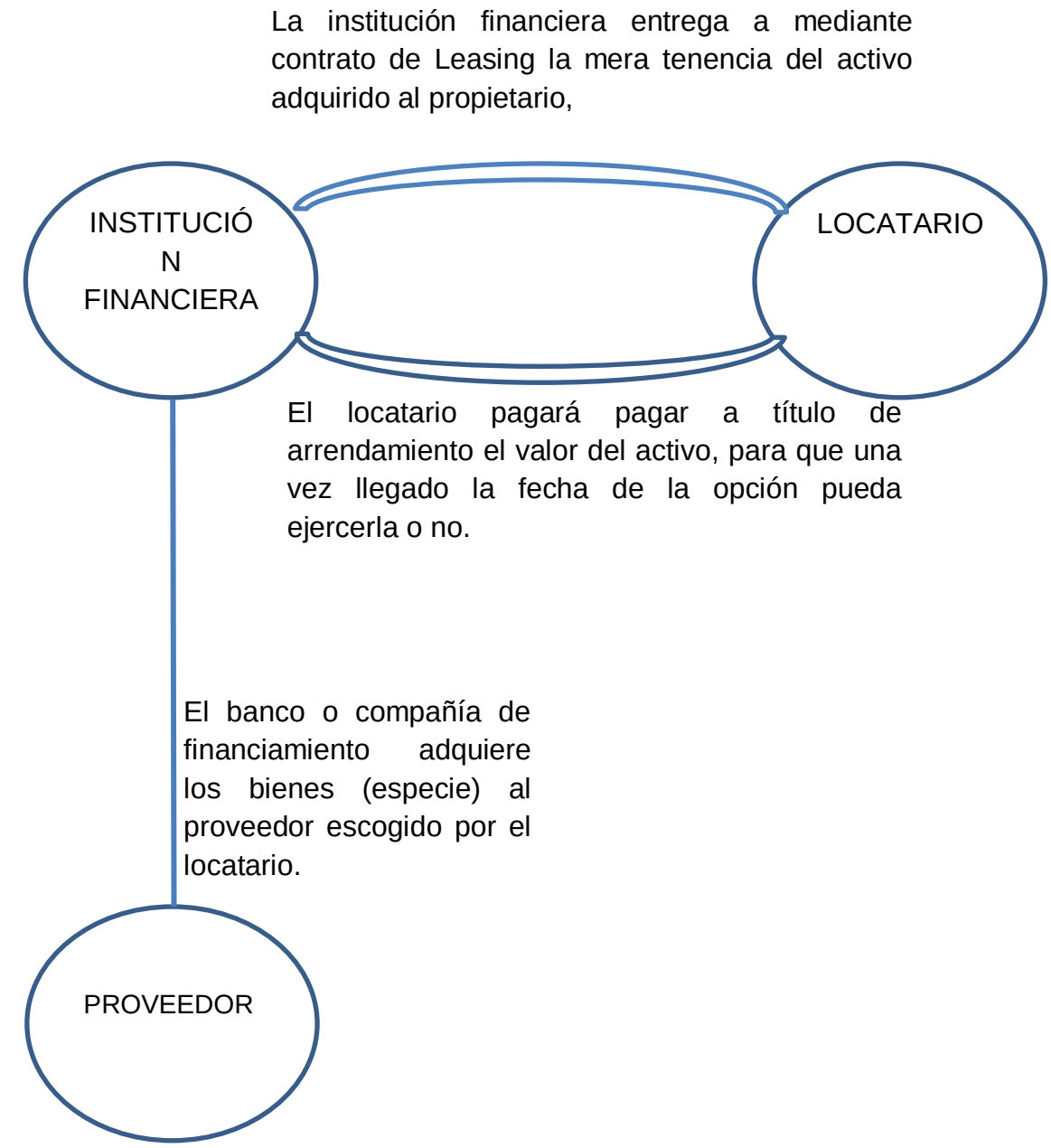
---

[113] Derechos reales y derechos personales — Dentro de la sistemática moderna, derechos patrimoniales se distinguen en dos categorías fundamentales: los derechos y los derechos personales, de obligación o de crédito. Aparte de que el concepto de derecho real no tenga un nombre entre los romanos. La separación entre esta categoría y la del derecho de obligación se remonta al Derecho de Roma, y de él ha sido recabada por los intérpretes. Verdad es todavía que mientras la distinción moderna puede ser contemplada en la quietud del Derecho privado, es decir, en el estado de reposo y de pacífico goce de las relaciones jurídicas, la distinción romana es explicable a través de la compenetración entre el derecho material y la actio. Según la concepción que hoy predomina, el derecho real se traduce en una directa e inmediata entre el sujeto y la cosa; el derecho personal, en una relación entre dos personas determinadas: el acreedor —sujeto activo— y el deudor —sujeto pasivo—, esto es, el que puede exigir y el que debe realizar una cierta prestación. Lo primero que resalta a la vista es que la relación no es considerada siempre la misma manera, es decir, como relación jurídica. Como relación jurídica sólo se considera la actuada por razón del derecho personal, en tanto que la naciente del derecho real define en puro sentido material. La verdad es que no hay relación jurídica que no se entre personas, en la comunicación y en el tráfico que ellas establecen. No cabe hablar relación entre persona y cosa. El derecho real atribuye facultades positivas sobre la cosa, que se constituyen absolutamente en cabeza, del titular. El titular puede poner por obra todas las facultades que encierra su derecho. Puede, por ejemplo, vender el edificio del que es propietario, derribarlo hipotecarlo, enajenarlo, etc. El derecho se realiza in natura sin el concurso activo de demás. IGLESIAS JUAN. Derecho romano historia e instituciones, Ob. Cit, 250

[114] "Las acciones, en el derecho real, otorgan a su titular los atributos de persecución y preferencia. El atributo de persecución le permite al interesado perseguir la cosa en manos de quien esté, y el de preferencia excluye frente al objeto del derecho a las personas que la detenten o poseen, diferentes de su titular. Los anteriores atributos se originan en el concepto erga omnes del derecho real. Por el contrario, el cumplimiento del derecho personal solo se exige del personalmente obligado." VELASQUEZ JARAMILLO, Op cit. p. 100.

**5.7.1 Estructura general del contrato de leasing.** A la postre la institución fondeadora de recursos entrega mediante la celebración de la figura de Leasing la mera tenencia del activo, finalmente al final del contrato de Leasing el locatario en caso de ejercer la opción podrá ser el dueño del activo (ver figura 5).

**Figura 5. Estructura general del contrato de leasing**




Fuente. Las Autoras

### 5.7.2 Relación acción- bienes –acciones en el contrato de leasing

**Cuadro 3. Relación acción- bienes –acciones en el contrato de leasing**

| | Derecho real | Bien | Acción |
|---|---|---|---|
| Arrendador o locador | Dominio | Productivos | Restitución |
| Arrendatario o locatario | Mera tenencia y opción de adquisición | Productivos | Policivas |

Fuente. Las Autoras

## 6. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO EN EL MARCO DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING

Siempre se aterriza en el campo de las obligaciones o más precisamente a las fuentes de las obligaciones cuando tenemos algún tipo de contacto con el concepto de responsabilidad, en especial cuando nos preguntamos, ¿quién responde frente a una obligación determinada o frente a un hecho[115] imputable en concreto?. En nuestro caso en concreto es necesario comenzar citando el artículo 1494 del Código Civil, en los cuales establecen las definiciones de contrato y obligación. Es vital entender como fuente de las obligaciones el daño, el cual emana el deber de reparación de los perjuicios de quien haya causado algún perjuicio.

> *ARTÍCULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>.* Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia[116].

En el anterior contexto, cuando una compañía entrega los activos al locatario bajo la modalidad del contrato de leasing, los locatarios pueden eventualmente causar daños con los activos objetos del contrato a terceros ajenos a la relación contractual, siendo imperioso el establecer quien debe reparar el perjuicio.

---

[115] En el daño o culpa son tomadas fuentes de la responsabilidad sin embargo consideramos que el fuente en materia de responsabilidad civil extracontractual deviene del hecho imputable. En este sentido: "Sin embargo, no siempre el daño es fuente de obligaciones. Sólo es fuente el daño que proviene de un hecho imputable, esto es, debido al dolo, a la culpa o al riesgo creado por quien tiene aptitud para responder, no es en general fuente el daño que se produce por el caso fortuito. Para muchos esta fuente es el hecho ilícito a secas. Creemos que no siempre en el hecho dañoso hay contenido de ilicitud, o sea, violación directa de una regla jurídica o moral, pues la concepción de ilicitud sugiere actitud de malicia intrínseca, como la que puede descubrirse, por ejemplo, en la comisión de un delito, y muchos daños son fruto de hechos no maliciosos." "Sólo con el calificativo de ilícito civil puede aceptarse la expresión y aún así es más la tradición que el contenido conceptual lo que nos mueve a mantenerla. Para no pocos, en fin, el hecho imputable dañoso es equiparado simplemente a la culpa. Estimamos que así como el hecho dañoso puede imputarse a culpa del agente. También puede imputarse a su dolo o al riesgo creado por él, y por ello si se distingue la culpa como fuente, también debería distinguirse el dolo y así mismo el riesgo que determinadas actividades crean. Todo esto es precisamente lo que nuestra nomenclatura involucra en la expresión hecho imputable." CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones, Editorial Pontificia Javeriana, quinta edición, reimpresión 2007, Bogotá p. 197. "

[116] CÓDIGO CIVIL. Op. cit.

El derecho romano y los avances franceses al momento de la recopilación de nuestro Código Civil, señalaban esta situación como responsabilidad del daño causado por las cosas, hipótesis en la cual una cosa inanimada o animada (animales) causaba daños y en consecuencia perjuicios a un tercero, para esta situaciones la solución planteada era que el dueño del bien causante de los perjuicios eran quien respondía por la cosa.

Sin embargo esta solución es anacrónica a problemas que se presentaron con posterioridad al introducirse figuras de otras ramas del derecho diferente al Civil Law, como en el caso específico el contrato de leasing, contrato de origen anglosajón[117].

La formulación del presente estudio encuentra sus fronteras en la figura de la responsabilidad de las cosas, para ello es necesario realizar un análisis: cuál es el marco de responsabilidad que nos encontramos, cuál ha sido la evolución de esta vertiente, todo esto para enfocar nuestro objetivo: determinar la responsabilidad de las partes del contrato de leasing con los terceros ajenos a esta relación.

Una vez realizado este análisis procederemos en el siguiente capítulo a ver las posibles respuestas que posee el derecho.

[117] "La diversidad con que cada sistema jurídico aborda la necesaria protección d los consumidores ha exigido construir las directivas que conforman el derecho privado comunitario del consumo sobre un acuerdo de mínimos, que habilite tales diferencias de criterios. Pero estas diferencias axiológicas, relevantes incluso cuando incorporan puros matices, se presentan en cualquier ordenación jurídica de alcance patrimonial. En consecuencia, no conviene olvidar que, tras las divergencias de principios, existen también diferencias de valores y políticas y, sobre todo, una diferente percepción de la persona acerca de los valores y la moral en que se desenvuelve. Este Contexto cultural desempeña una función esencial en la vida jurídica. Il. Collins lo pone de relieve magistralmente acerca de las diferentes percepciones que existen en los diferentes Estados europeos acerca del margen de participación o juego de la jerarquía en las relaciones de los trabajadores y la dirección y gestión de una empresa." (autores varios) SANCHEZ, Lorenzo Sixto. El derecho catalán en el contexto europeo, aproximación del derecho civil en europa: marco comunitario y competencias de la comunidad europea, editorial ediciones Peteció, año 2003 p. 80.

## 6.1 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL[118].

**6.1.1 Responsabilidad civil contractual**. La responsabilidad civil contractual hace mención específica al incumplimiento de un extremo subjetivo (partes) de una relación contractual, bien sea en un contrato o en negocio jurídico. Dicho incumplimiento de una parte genera eventualmente efectos jurídicos[119] los cuales permiten dar por terminada dicha relación y por ende permite reclamar perjuicios cobrar sanciones o multas.

En el contrato de arrendamiento financiero, es preciso señalar que en el contrato intervienen dos partes, aunque es usual que intervengan tres. Un proveedor, el arrendador y un locatario.

Ahora bien, en el evento que entre alguna de las anteriores partes incumpla con alguna de la respectivas obligaciones y con ello se originen perjuicios en relación

---

[118] "La responsabilidad civil tradicionalmente se ha dividido en diferentes escenarios que dependen de la órbita donde se produce el daño; así se habla en un derecho clásico de una responsabilidad contractual y una extracontractual; y recientemente de la responsabilidad precontractual o en el estadio de los tratos preliminares. En realidad, la diferencia y es más aparente que real y solo varia el contenido de uno de los ele que les es común, por ello somos partidarios de la tendencia que concibe un concepto uniclasista de la Responsabilidad civil. Tradicionalmente se ha dicho que en presencia de la responsabilidad contractual cuando la obligación de indemnizar surge como consecuencia del incumplimiento de contrato, es decir, que debe haber un vínculo contractual preexistente al hecho imputable al deudor. En cambio no existe tal vínculo, la obligación de indemnizar la ley, como consecuencia de hecho ilícito, imputable a un sujeto, estamos en presencia dc la responsabilidad extracontractual o delictual." ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contrato mercantiles Teoría General del Negocio Mercantil, Editorial Legis, decimo tercera edición, 2012, Bogotá, 2008, pp. 356 y 357

[119] "No cualquier clase de incumplimiento constituiría motivo para resolver privada y unilateralmente un convenio; se requiere que sea grave o esencial, es decir, que recaiga sobre prestaciones principales y no accesorias, o mejor, que termine afectando sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor." RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La terminación y la resolución unilateral del contrato,www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf. En igual sentido: "Para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irrogue al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisible abuso de las vías procesales, como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia en que rechazó la cuantiosa indemnización pactada, porque el asegurado, autorizado para pagar la prima por instalamentos, aún debía una suma irrisoria": OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo Teoría General del Contrato, 6ª Edición, Bogotá: Temis, 2000, p. 591

con el negocio jurídico celebrado o ejecutado, estos incumplimientos deberán ser analizados conforme al marco de la responsabilidad civil contractual.

La resolución de los conflictos suscitados dentro de esta esfera (contractual) no depende exclusivamente del tenor del clausulado suscrito dentro de las partes sino que además las otras fuentes del derecho (la ley, jurisprudencia e inclusive los tratados internacionales) sirven como criterio no solo interpretativo sino además complementario y en muchísimas ocasiones de obligatorio cumplimiento.

En este sentido los contratos de leasing deben interpretarse conforme a la Ley 1328 de 2009 norma de protección para el consumidor financiero y en la cual se encuentran disposiciones obligatorias como el deber de información, el principio favor debitores, cláusulas abusivas[120] entre otros.

El cumplimiento del contrato y la responsabilidad generada del mismo no es el objeto del presente trabajo, puesto que la responsabilidad que se genera y que es nuestro objeto de estudio es la responsabilidad del locador (arrendador) frente a terceros que no están inmersos dentro de este clausulado en este caso estamos frente a la responsabilidad extracontractual.

[120] Un ejemplo en particular que trae la legislación extranjera en materia de cláusulas abusivas es el pacto que celebra el acreedor con su deudor para declarar el vencimiento anticipado del por la mera declaración del concurso de acreedores por proceso de insolvencia o reorganización. Al existir el efecto de inexistencia, trae consigo el fenómeno que dichas clausulas no se entienden por escritas con lo cual no se requiere que un juez la saque del contrato. En el contexto español señalamos "La declaración de concurso se un deudor, supone la insolvencia de este para cumplir con sus obligación. (…) En efecto, el vencimiento anticipado no se produce con la mera declaración del concurso de acreedores, la LC insta a las partes a la persistencia de la empresa, toda vez que si esta permanece, se pueden satisfacer tanto los intereses de los acreedores como los intereses del Estado. Si me mantiene la empresa se mantienen los contratos, razón por la que la norma establece que no se puede exigir el vencimiento anticipado de los créditos e n la fase previa del concurso ni mucho menos en la de convenio" MURILLO HERRERA Wilson Albeiro. Reflexiones sobre derecho privado patrimonial volumen Il, Editorial Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 256

En caso de cláusulas abusiva se consideró inexistentes las cláusulas pactadas los contratos financieros: "artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero."

**6.1.2 Responsabilidad civil extracontractual**[121]**.** Se denomina responsabilidad extracontractual al hecho mediante el cual un sujeto causa daños a otro, surgiendo en su cabeza la obligación de reparar o indemnizar dichos perjuicios. El ordenamiento jurídico emite una serie de reglas con el fin de establecer criterios que permitan determinar, ante una situación quien ha ocasionado los daños, y quien debe soportar los daños, la víctima, un tercero, el causante del daño.

## 6.2 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Los requisitos de la responsabilidad son necesarios para que surja responsabilidad, estos elementos no son claros y tampoco son exclusivos, es decir, varían entre si y en algunos casos variaran conforme al escenario que nos encontremos.[122] En este caso vamos a examinar los conceptos de a) daño b) nexo de causalidad puesto que para el problema formulado es necesario ahondar en estos criterios que son los más utilizados y requeridos al momento de enfrentarnos a la responsabilidad del propietario que arrienda financieramente un activo.

**6.2.1 Daño**. En sentido amplio el término "daño"[123] es una consecuencia perjudicial que padece una persona con motivo de una conducta propia o externa, no adjudicable a sujeto alguno. En este sentido extenso, se habla también de daño

[121] La responsabilidad contractual emana del incumplimiento de una obligación preexistente, en especial cuando dicha obligación proviene de un negocio jurídico o contrato. La responsabilidad extracontractual, deriva de la causación de un daño más no del incumplimiento de una obligación preexistente. Es claro que los perjuicios ocasionados con una u otra clase de responsabilidad tienen tratamientos diferentes, sin embargo se ha permitido que la responsabilidad contractual se pueda optar por reclamar los daños por una u otra vía, teniendo en cuenta lo pactado en cualquier caso.

[122] Por ejemplo para algunos autores, los elementos básicos de la responsabilidad civil extracontractual son el a) daño b) antijurídica c) nexo de causalidad d) la culpabilidad, pero para otros basta solo que exista el daño y un nexo de causalidad.

[123] "En términos generales, llámase (SIC) daño a todo detrimento o lesión que la persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que sea, aunque se lo infiera el propio lesionado a sin intervención alguna del hombre. En un sentido tan amplio, no todo daño es indemnizable. Por lo pronto, el suicidio o la autodestrucción del patrimonio no pueden reclamarse al mismo causante. El daño indemnizable es un presupuesto esencial para que pueda hablarse de responsabilidad. Puede señalarse que el hecho imputable no es punible si no ocasiona un daño. Por esto mismo, se refieren los antores a este tema denominándolo derecho de daños o responsabilidad por daños; precisamente por ser el daño un requisito de la responsabilidad civil. Se puede afirmar que "el daño consiste en toda lesión a un bien jurídicamente tutelado. Se distingue claramente entre el daño patrimonial, el cual consistiría en la diferencia entre el patrimonio de la víctima y el valor que tendría ese patrimonio de no haber hecho ocurrido ese hecho dañoso o el incumplimiento de la obligación; y el daño moral o extrapatrimonial, que sería la lesión de bienes jurídicos sin valor económico en si." ARRUBLA PAUCAR. Op. cit., p. 317.

para referirse al menoscabo deterioro o uso del bien sin ninguna imputación al comportamiento humano.

En el sentido estricto daño es el perjuicio que si puede ser imputado a un ser humano y que el menoscabo ocasionado puede ser reclamado al causante, siendo esta clase de daños (en el sentido estricto) los que pueden ser objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico[124].

**6.2.2 Requisitos del daño.** Inicialmente mencionamos que no cualquier daño es objeto de tutela o de protección del ordenamiento legal, por el contrario solamente puede ser objeto de protección cuando se reúnan ciertos elementos contemplados por la ley.

La reclamación debe provenir de sujetos con capacidad para reclamar ante un órgano jurisdiccional, en este caso son aquellos que tienen personalidad y consiguientemente, capacidad jurídica[125], los seres humanos, así como ciertos entes u organizaciones.

En segundo término, teniendo en cuenta que el Ordenamiento jurídico no tutela bienes, sino derechos e intereses, resulta preciso que entre el objeto material sobre el que recae el daño y el sujeto titular del mismo exista una relación de interés.

---

[124] "Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima" TAMAYO JARAMILLO, De la responsabilidad civil, Tomo II, de los perjuicios y su indemnización, 1990, Editorial Temis, Bogotá, Pág. 5. "(…) daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma sufrida por la víctima, a la vez que en padecimiento moral que lo acongoja" HINESTROSA, Fernando. Derecho de Obligaciones, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1967. p 529.

[125] "El maestro Valencia Zea, refirió que la capacidad puede ser de goce y de ejercicio, o capacidad jurídica, de derecho o natural y de obrar o negocial, respectivamente, capacidad en cuya acepción amplia requiere aptitud para ser sujeto de derechos, de un lado y, aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos de otro. La primera se refiere, según el autor, a la posibilidad para ser titular de derechos subjetivos que tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de una voluntad reflexiva; en tanto que la capacidad de obrar o negocial está supeditada a la existencia de una voluntad madura o reflexiva." GUTIÉRREZ GÓMEZ, Giovanni Yair. Estado Social De Derecho O Estado garantista y el mito de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, Estados Unidos, Editorial Palibrio, p. 160-161.

El tercer requisito reconocido por la legislación es que el causante del daño se distinga o diferencie del titular del derecho afectado, en otras palabras, el causante del daño deberá ser necesariamente diferente un tercero.

Finalmente, el daño deberá ser antijurídico, (que afecte los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico) cuando acontece esta clase de daño, se da nacimiento de una obligación de reparación la cual está a cargo del responsable.

**6.2.3 Nexo de causalidad**[126]**.** Se entiende como vínculo entre un hecho culposo o doloso (responsabilidad subjetiva) con el daño causado o el vínculo existe entre el la conducta y el daño (responsabilidad objetiva).

Este vínculo causal es un requisito *sine qua non* e indispensable por cuanto la conducta del demandado debe ser la causa directa, necesaria y determinante del daño, para determinar si el hecho o la conducta cumple con los requisitos (directa, necesaria y determinante) han surgido una serie de teorías:

**6.2.3.1 Teoría de la equivalencia de condiciones.** La ocurrencia del daño está precedida de una cadena de hechos, mediante un proceso mental en el cual se elimina cada una de los hechos, se llega a la conclusión que el hecho generador del daño es aquel que al ser eliminado no sucedería el daño. En caso que existan dos o más hechos que al ser eliminados tengan como resultado la no producción del daño se tenderá que ambos hechos son solidariamente responsables[127].

---

[126] "Para que pueda hablarse de una acción dañina punible, es indispensable que entre el hecho imputable y el daño medie una relación o nexo causal, es decir, el daño tiene que ser la consecuencia precisamente de Obrar antijurídico imputable. Por esta razón es requisito de le responsabilidad Civil el nexo causal que debe existir hecho y el daño La escuela generalizadora obedece al pensamiento de Von Buri, esbozado en 1869 y dominante a partir de 1885, según el cual todas las consecuencias deben ser resarcidas." ARRUBLA PAUCAR, Op cit. p. 379

[127] "La Teoría de la Equivalencia de Condiciones o conditio sine qua non expuesta en 1 860 por el penalista Alemán VON BURI, establece que, como quiera que todas las concausas concurren a la producción del daño, todas ellas deben ser consideradas como causas del mismo, sin que pueda distinguirse entre ellas con base en su importancia. Por lo tanto todas las concausas condiciones preexistentes tienen el mismo valor. Se dice que si desde el punto de vista filosófico todas las fuerzas tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno, también en lo jurídico cabe entender que las condiciones son todas ellas equivalentes. No cabe, pues, hacer diferenciaciones, todas son indispensables y si faltase una, el suceso no habría acaecido. De este modo, cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de todo el desenlace fina. Así, pues, el daño es el resultado de la suma de las concausas en el sentido de que ninguna de éstas puede suprimirse sin que aquel deje de producirse. En otras palabras, todas las concausas son igualmente necesarias para que la consecuencia dañosa se produzca, de manera que no se puede distinguir entre causa propiamente dicha y condiciones…" SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, editorial, 2 ed. Bogotá, Legis. 2003, p. 145

**6.2.3.2 Teoría de la causa próxima**[128]: El hecho generador del daño es la causa más próxima, en este sentido no hay concurrencia de culpas.[129]

**6.2.3.3 Teoría de la causalidad adecuada**[130]: Según esta, es necesario primero identificar todas las causas sine qua non de la producción del daño y una vez ello se realice, debe hacerse un juicio de probabilidad en abstracto, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, para establecer si es normal que la conducta realizada pueda producir el daño ocasionado[131].

---

[128] "Esta teoría fue formulada por el filósofo inglés FRANCIS BACON en el siglo XVI en su Obra "Maxims Of Law", en la que sostuvo que para el Derecho sería una tarea infinita detenerse en las causas de las causas y las influencias de unas sobre otras, en una concatenación inteminable. Así, basta considerar la causa inmediata (proximate cause), juzgando las acciones según esta última y sin necesidad de remontarse a un grado más distante (too remote). Sólo de esta forma se reconoce así relevancia a la causa más próxima en el tiempo, esto es, a la inmediatamente anterior a la producción del daño y por lo tanto todas las demás se consideran intranscendentes a efectos jurídicos. Esta teoría no ha tenido muchos seguidores pero sin embargo se encuentran algunas aplicaciones jurisprudenciales. Al respecto suele decirse que fue ésta la teoría seguida por el Tribunal de España en su sentencia del 21 de marzo de 1950. En este caso fueron demandados unos cirujanos por no haber logrado los resultados esperados en una cirugía estética. Sobre este particular se dijo que el mal resultado se debió a una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados pues no puede admitirse la teoría que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir, brota en el acto la responsabilidad, ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente, que en este caso no es imputable a los médicos". SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Op. cit. p. 153.

[129] a) La teoría de la causa próxima: se considera como tal la que temporalmente se halle más próxima al resultado y por lo tanto se deben resarcir aquellas consecuencias que se manifiestan al momento del hecho dañoso. ARRUBLA PAUCAR, Op. cit., p. 379

[130] "A pesar del auge que tuvo la Teoría de la Equivalencia de Condiciones, se explicó anteriormente que se le formularon varias críticas por extender exageradamente el campo de la responsabilidad, produciendo así no pocas injusticias. Así mismo, se le reprochó la rigidez que presentaba al considerar a todas las causas como equivalentes o igualmente preponderantes en la acusación del daño. Por estos reproches, parte también importante de la doctrina acogió la tesis de la "Teoría de la Causalidad Adecuada". Como quiera que la Teoría de la Equivalencia de Condiciones argüía que todos los antecedentes de un hecho debían ser considerados como condiciones necesarias para la producción de ese hecho sin distinción alguna, —pues todos poseen idéntica importancia de manera que ninguno puede tener mayor realce para ser visto como causa—, la nueva doctrina de la "Causalidad Adecuada" viene a afirmar que es preciso extraer de ese conjunto de condiciones, una que tenga verdaderamente la calidad de causa, para atribuirle a ésta la producción del evento. Entiende esta teoría que no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen la misma relevancia, sin que ello quiera decir que deba escogerse al que esté más próximo en el tiempo. Para realizar este proceso se explica que, en lugar de apreciar el fenómeno causal en concreto, se debe analizar en abstracto y en general, y buscar establecer si en ese plano es probable o cuando menos posible que alguna de aquellas condiciones produzca el resultado cuya causa específica se trata de establecer. Si es probable o posible que uno de tales antecedentes genere el resultado dañoso, se le atribuirá el carácter de causa. Así, el daño debe asociarse con el antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. Una persona responde del daño producido sólo en el caso de que su conducta, en igualdad de condiciones, resulte apta para conducir precisamente a ese resultado. ". SUESCÚN MELO. Op cit., p. 154

**6.2.3.4 Teoría de la imputación objetiva**[132]. Establece que el nexo de causalidad es un problema de hecho y no jurídico. Se hace un mapa mental en donde se determina e individualiza cada hecho y se le imputa conforme a los siguientes criterios:

- *Criterio de adecuación*. Se hace un examen de probabilidad y se le imputa al hecho que parezca más probable;

- *El riesgo general de vida*. Se imputa a aquellos hechos no permitidos o que estando permitidos se les conoce como hechos peligrosos;

- *Prohibición de regreso*. No será imputable el hecho a quien perdió el dominio o control de la acción.

**6.2.4 Culpa**[133]**.** El concepto de culpa[134] es uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, por lo menos cuando nos referimos a

---

[131] "c) la teoría de la relación causal adecuada: parte de la distinción entre causa y simples condiciones; solamente sería causa aquella que se puede determinar; por tanto, (…). Causa adecuada produce efectos típicos; la causa fortuita, efectos atípicos." ARRUBLA PAUCAR, Op cit., p. 379

[132] "El esquema sobre la ilicitud objetiva nos acerca a un criterio diferente a de la concepción clásica pudiendo hablar de imputabilidad física u objetiva, cuyo factor es el riesgo creado. Si la imputabilidad consiste, como dice Florián, en "la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho que pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto de que deba soportar sus consecuencias no se observa en el derecho moderno ningún impedimento para poder señalar como factores de la imputabilidad la culpa y el riesgo creado". Ibíd., p. 371

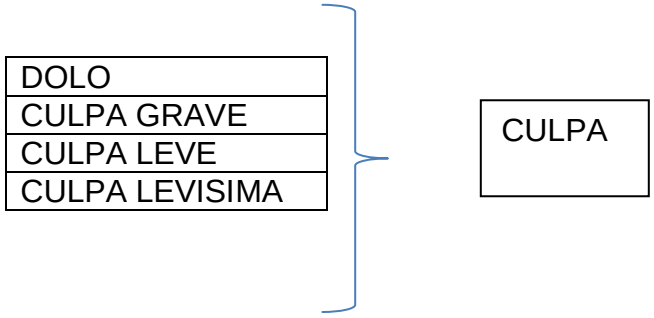
[133] "Tradicionalmente se define la culpa como la falta de diligencia de una persona en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho. De allí que la culpa también pueda ser contractual o extracontractual. El dolo, por su lado, según el artículo 63 del Código Civil, es la intención positiva de inferir injuria a una persona o propiedad de otro. Aparece por tanto, no el descuido, sino la intención de hacer daño. Mientras la culpa se presume, el dolo se debe acreditar." Ibíd., p. 370- 371

[134]. "Culpa entre los romanos comprende todo lo que llamamos falta; por consiguiente toda Ilegalidad Imputable, sin distinguir si resulta de un hecho (facto 6 de una omisión (omissione), siempre que provenga de la voluntad del que obra, o de una simple Inadvertencia o descuido. Tomada en este sentido general (sic) la noción de la culpa, comprende Igualmente al dolo. Las ideas 1e dolo y de culpa tienen, pues, este carácter común, que ambos son unos hechos ú (sic) omisiones ilícitas que causan perjuicio a otro, recíprocamente toda acción ú (sic) omisión ilícita es en este sentido una culpa. Sin embargo, por regla general (sic) la omisión de un hecho no constituye un ataque á (sic)los derechos de otro, y de consiguiente no es una culpa; en los casos solamente en que un motivo particular nos obliga á(sic) evitar un daño á (sic) otro, no podemos omitir los hechos que pueden evitarlo, y de consiguiente obrando por esta omisión contra los derechos de otro, incurrimos en culpa. Pero en el sentido técnico de la palabra, el derecho romano hace una distinción entre dolus, culpa lata, culpa y omissio diligentece." MACKELDEY, Ferdinand. Elementos del derecho romano:

responsabilidad subjetiva, el cual ha sido estudiado y objeto de innumerables debates, es por tal razón que su universo de estudio es tan largo que se podrían escribir enciclopedias sobre su alcance.

Culpa en sentido amplio es el quebrantamiento de una fuente jurídica, bien siendo dolosa o culposamente. Puede ser la ruptura a un mandato legal bien con o sin intención. En este sentido se hace mención a los rangos de culpabilidad:

**Figura 6. Rangos de culpabilidad**




Fuente. Las Autoras

En sentido estricto la culpa tiene una connotación de negligencia, imprudencia, desidia, falta de precaución, descuido, no seguir los criterios de cuidado es decir, de daños cometidos sin intención, actuando con descuido, desidia, etc. En otras palabras la culpa es cuando no se previeron o tomaron medidas para evitar un daño que aparecía como previsible.

## 6.3 RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

La teoría de la responsabilidad ha evolucionado conforme a los cambios socio políticos de las naciones para adaptarse a los nuevos retos de la sociedad y poder dar alcance al fin último de la responsabilidad que es el de reparar.

Para lograr este fin empezó a determinar si los elementos necesarios para indagar responsabilidad son todos necesarios en todas las ocasiones; en ese examen determinó que el elemento “culpa” se podía en algunos casos prescindir ante la conducta que ocasiono el daño.

---

que contienen la teoría de la instituta, editorial imprenta de la sociedad histórica y literaria, Madrid, 1844, p. 217

La eliminación o por el contrario la necesidad de la culpa como elemento de la responsabilidad dio lugar a determinar si la responsabilidad es subjetiva u objetiva. Es claro señalar, que amabas corrientes en la actualidad existen, pero cada una es aplicada en casos exactos.

**6.3.1 Responsabilidad civil subjetiva.** La responsabilidad tradicional como la concibió el derecho romano señalaba que los daños a reparar eran los causados bajo la propia culpa del responsable.

Por lo tanto si el eventual causante del perjuicio realizó la conducta sin culpa sin este elemento subjetivo el agente debería de ser absuelto de responsabilidad.

**6.3.2 Responsabilidad objetiva**. Contrario *sensu* a la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva parte del presupuesto que no se requiere obrar con el elemento de culpa para adjudicarle la responsabilidad del daño al agente.

Esta institución jurídica sostiene que quien produce un daño antijurídico debe repararlo. Por lo tanto, la configuración de esta responsabilidad solo requiere que el daño le sea imputable a la conducta de una persona, independientemente si fue culposa o dolosa.

El criterio más aceptado para darle base a la responsabilidad objetiva es el de riesgo creado. Según este criterio la creación de un riesgo por una persona que le causa un perjuicio a otra, es el obligatorio para que surja una obligación de reparar en cabeza de la persona que causa el daño.

En Colombia la legislación y la jurisprudencia han reconocido la existencia de la responsabilidad objetiva en los siguientes casos:

- Accidentes de trabajo

- Responsabilidad extracontractual del Estado:

- Responsabilidad contractual del Estado:

- Responsabilidad por el hecho de los animales fieros o las cosas

- Responsabilidad por productos defectuosos

- Responsabilidad por desechos tóxicos o peligrosos

- Medio ambiente

- Riesgo profesional o empresarial

Ahora bien, como anotamos anteriormente, la responsabilidad objetiva no admite la ausencia de culpa como un elemento de exoneración de responsabilidad, por lo tanto se han señalado unos criterios como fórmulas de exoneración de responsabilidad:

- Culpa exclusiva de la víctima.

- Fuerza mayor o caso fortuito.

- La intervención de un elemento extraño, según lo dicho por la jurisprudencia.

La Corte Suprema de Justicia ha acogido los elementos anteriormente señalados para exonerarse de responsabilidad, al respecto señaló:

> A la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, se lleva envuelto el de culpa en caso de accidente"[135].

[135] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 25 de octubre de 1999. Expediente 5012. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez, Sala de casación civil.

## 6.4 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA[136]

El daño ocasionado por el hecho de las cosas tiene dos particularidades principales:

**6.4.1 Presunción de responsabilidad.** Es la adjudicación de la responsabilidad en cabeza del propietario pues para este caso presume responsable por estar en su cabeza el dominio,

**6.4.2 Presunción de culpabilidad[137].** Con el punto adicional de presumir o no exigir la presencia de culpa en la acción toda vez que nos encontramos en el campo de la responsabilidad objetiva.

El fundamento legal se encuentra su sustento en el Código Civil en el artículo 2356 en la que se destacan como elementos importantes la presunción responsabilidad en cabeza del titular del dominio y la exclusión de la culpa como elemento de la responsabilidad[138].

---

[136] La exoneración de responsabilidad depende de cada sistema de responsabilidad especifico."Ahora, esos medios de defensa no son idénticos en todos los casos, pues, según hemos visto, existen responsabilidades con culpa probada, con culpa presunta o puramente objetivas. Corresponde pues, analizar el funcionamiento de la defensa en cada una de ellas." TAMAYO JARAMILLO. De la responsabilidad civil tomo III: responsabilidad por las construcciones y los animales. Medios de defensa), segunda edición, Temis, 1999, Bogotá, p. 75.

[137] "Tratándose de una responsabilidad con culpa probada, teóricamente el demandado podría permanecer completamente pasivo en su defensa, pues mientras el demandante no establezca esa culpa, el demandado deberá ser absuelto. Es lo que ocurre en la responsabilidad contractual por obligaciones de medio y en la responsabilidad extracontractual por el hecho propio del artículo 2341 del Código Civil. Sin embargo, nada impide, y por el contrario es aconsejable, que, aun en estos casos, el demandado asuma un comportamiento activo tendiente a demostrar que esa culpa no existe. Para tal efecto, podrá probar diligencia y cuidado, una causa extraña, una causal de justificación o cualquiera otra de las defensas que se pueden esgrimir en las responsabilidades objetivas. Probada cualquiera de estas circunstancias, todo esfuerzo del demandante por probar esa culpa estaría condenada al fracaso." Ibíd., p. 76.

[138] Para el caso de la actividad transportadora puede encontrarse: "En una desafortunada disposición, el Código de Comercio, en su art. 991 establece una responsabilidad solidaria entre el transportador contractual y el propietario del vehículo transportador. Aunque la jurisprudencia de La Corte ha dicho que el propietario sólo es responsable cuando él es el explotador del vehículo transportador, lo cierto es que no se trata de una jurisprudencia pacífica y son numerosos los procesos en donde aparece como demandado el propietario nominal del vehículo transportador, así, de hecho, la explotación y tenencia del automotor se encuentren en cabeza de un tercero. En consecuencia, no es raro que el arrendador que entregue en leasing un vehículo que pasa a ser explotado por el arrendatario, deba enfrentar una demanda basada en el incumplimiento de un contrato de transporte, así el arrendador nada tenga que ver con dicho contrato. Aunque, siguiendo la doctrina de la Corte, el arrendador demuestre que no es el explotador y por lo tanto, sea absuelto, de todas formas,

Al respecto, el Consejo de Estado ha definido las actividades peligrosas de la siguiente manera:

> Una actividad es peligrosa cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que aborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas.
>
> No debe perderse de vista que el peligro es un concepto indeterminado y, por lo tanto, solo puede ser establecido por el juez en atención a las circunstancias particulares del caso concreto, responsabilidad en que se puede incurrir por parte de la administración con ocasión de la conducción de vehículos y de los accidentes por ellos causados[139].

Ahora bien, en el caso de los contratos de leasing, el propietario ha adquirido el bien con la finalidad de entregarlo en arrendamiento financiero al locatario para permitirle al locatario su uso, goce y mera tenencia.

**Figura 7. Acción directa contra el locatario**

Fuente. Las Autoras

---

correrá con los gastos de la defensa y correrá el riesgo de que de todas formas, lo declaren responsable. Por ello, es conveniente, en estos casos, incluir una cláusula que haga responsable al arrendatario en caso de que el arrendador llegue a ser demandado. Por lo demás, existiendo una póliza de responsabilidad del transportador, es decir, del arrendatario, también se debe incluir como asegurado al arrendador. No sobra anotar que es equivocada e inconveniente la costumbre de incluir como único asegurado, en los seguros, al arrendador, pues, en no pocas oportunidades, el verdadero responsable es el arrendatario y, por lo tanto, si éste no figura como beneficiario del seguro, éste será inservible." (AUTORES VARIOS) TAMAYO JARAMILLO, Evolución del derecho comercial, Editorial Dike, primera edición 1997, Bogotá, pp. 43 y 44.

[139] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de septiembre 13 de 2001, expediente 12487

Una vez el locatario se encuentra con el activo este puede generar diferentes daños con el activo del cual detenta su mera tenencia; es claro que al faltar el elemento de culpa y con el solo hecho de probar el daño, la victima dirigirá sus acciones contra el propietario. Esta situación ha sido un tema de cosntante preocupación dentro de nuestra doctrina nacional, puesto que plantea un reto jurídico sobre un sistema que considera responsable al propietario frente a una figura extranjera (anglosajona) que tiene dentro de sus fortalezas el hacer acreedor a el propietario, al respecto encontramos al profesor Tamayo Jaramillo quien expresa: "El contrato de arrendamiento financiero genera difíciles problemas de responsabilidad civil frente a terceros, no sólo desde el punto de vista de la legitimación en la causa para demandar (sección primera) sino también desde el punto de vista de la determinación del responsable (sección segunda)[140]

Esta situación ha generado grandes dificultades en la reclamación de los perjuicios ocasionados por los hechos de las cosas, la razón principal es que el contrato de Leasing es una forma de realizar negocios cada vez más habitual, con lo cual cada día existen más eventos de responsabilidad.

Es de recalcar que las causales de exoneración de responsabilidad dentro de nuestro ordenamiento para el locador o arrendador son muy limitadas y obedecen a estrictas causales otorgadas y reconocidas en nuestra legislación.

Esta situación, hace que la defensa de quienes desarrollan el objeto social de leasing sea costosa, larga y tortuosos, siendo hoy necesario encontrar nuevas soluciones que permitan dirimir estos procesos sin la implicación de asumir costoso innecesarios.

Más procesos significan más costos de transacción (costos de defensa) que asumen los locadores o arrendatarios en aras de no responder por dichos hechos, es de señalar que estos costos de los procesos se trasladan necesariamente a los usuarios del sector financiero con lo cual se ocasiona un incremente en los productos financieros lo cual se traduce en: i) servicios financieros más costosos y menor competitividad del país.

Es un hecho casi el retraso de nuestros procesos jurídicos en cualquiera de las competencias y ante cualquier instancia, en la actualidad Colombia posee uno de los peores records la dilación en el mundo, es por ello que estudiaremos a fondo

[140] (Autores Varios) TAMAYO JARAMILLO, Evolución del derecho comercial, Op. cit. p. 38.

las respuestas dadas a través del derecho y expondremos nuestra justificación bajo la tesis de la imposibilidad jurídica como criterio exoneración de la responsabilidad de las entidades financiera.

# 7. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS EN EL CONTRATO DE LEASING

## 7.1 INTRODUCCIÓN

En los capítulos anteriores se esbozaron los componentes del contrato de leasing sus características y la evolución del mismo, obteniendo un panorama general y especifico de la estructura y operación del contrato. Donde encontramos las dificultades de responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados por activos objeto de contratos de leasing[141].

En dicha composición resulta importante la entrega que se hace del activo a título de mera tenencia por parte de la institución financiera al locatario, siendo este último quien usara gozara el mismo.

Así mismo señalamos que el ejercicio y goce de cualquier activo implican una serie de obligaciones y cargas frente a terceros quienes pueden eventualmente ver menoscabado sus intereses y derechos; esa posible afectación a personas ajenas a la relación contractual de leasing puede provenir de dos vías, i) la responsabilidad extracontractual cuando el activo causa daños con ocasión a un encuentro social o ii) responsabilidad contractual cuando el tenedor del activo incumple un contrato y finalmente tratamos el impacto de las obligaciones *propter rem*[142].

En este capítulo realizaremos un estudio sobre las relaciones jurídicas que ocasionan perjuicios frente a terceros emanados por los activos objeto de los contratos de leasing, así como el tratamiento legal que le da nuestra legislación, algunos conceptos de las normas internacionales y cuál es nuestro concepto para implementar mejoras en la reclamación de perjuicios ocasionados por estos daños.

---

[141] "El arrendamiento financiero genera problemas doctrinales en materia de responsabilidad civil cuando se trata de determinar el responsable en la responsabilidad por el hecho de las cosas y de las actividades peligrosas, y en la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de transporte. Ibíd., p. 39..

[142] "Planteamiento similar, pero desde la perspectiva contraria, ha de realizarse en relación con las llamadas obligaciones propter rem, también denominadas ob rem o, sencillamente, ambulatorias. En este caso, el titular del derecho real (generalmente, el propietario)está constreñido a llevar a cabo una determinada conducta precisamente por ser titular activo del derecho real y para evitar su pérdida. Más nuevamente, estamos frente a obligaciones accesorias del derecho real propiamente dicho." LASARTE, Carlos. Propiedad y derechos reales de goce, quinta edición, editorial Marcial Pons, pp. 12 y 13.

## 7.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXCONTRACTUAL DE LOS OBJETOS DEL CONTRATO DE LEASING

Habíamos obtenido como una de nuestras principales conclusiones del capítulo anterior que nuestro sistema legal no había contemplado un sistema de responsabilidad de daños causados por las cosas, siendo la jurisprudencia la encargada de desarrollar y ser fuente jurídica de esta clase de daños[143].

Así mismo habíamos mencionado como fuente jurídica del desarrollo de esta línea de la responsabilidad los artículos 998, 2350, 2353 y 2354 del Código Civil colombiano normas que si bien no contemplan una estructura de la responsabilidad del daño causado por las cosas, son el sustento de toda la jurisprudencia emitida por las altas Cortes.

Teniendo en cuenta las presentes consideraciones, analizaremos el tratamiento dado por las fuentes del derecho a los daños ocasionados por las cosas objeto del contrato de leasing. Para esta tarea partiremos desde un punto de vista un análisis subjetivo, es decir de cada una de las partes inmiscuidas en el contrato de leasing desde nuestra relación.

**7.2.1 El Convenio de Otawa de 1988** (**Normas Unidroit)[144].** La convención es una fuente del derecho internacional en la cual uno o varios países realizan o

[143] "El arrendamiento financiero genera problemas doctrinales en materia de responsabilidad civil cuando se trata de determinar el responsable en la responsabilidad por el hecho de las cosas y de las actividades peligrosas, y en la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de transporte." (Autores Varios) TAMAYO JARAMILLO, Evolución del derecho comercial. Op. cit., p. 39.

[144] El derecho comunitario Europeo acoge la posibilidad de pactar los contratos en base a sistemas o principios contenidos en convenios, pero es de hacer énfasis que esta comunidad económica ha intensificado una serie de escritos mediante el cual se intenta unificar los principios europeos de contratación a través de la PRINCIPIOS EUROPEOS CONTRACTUALES EUROPEOS el principio "El antecedente directo de este concepto lo encontramos en el art. 2:209.3 PECL, si bien en este cuerpo normativo se utiliza el nombre de general conditions oftbe contract. La única diferencia que hallamos entre ambas regulaciones no es de fondo sino de forma, esto es, de expresión. Así, los PECL se refieren a aquellas condiciones redactadas con antelación para usar en «un número indefinido de contratos cierta clase» que interpretado en sentido estricto, puede resultar limitativo, en el caso de que el número de contratos en los que se pretenda utilizar la condición general sea reducido, pudiendo dudarse, en tal caso, si se entraría o no en su ámbito de aplicación" De igual forma y utilizando los mismos términos, el art. 2.1.19.2 de los Principios Unidroit,168 define las condición generales como aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes, sin negociación con la otra parte, para su uso generalizado y repetido. Se trata del primero de los cuatro artículos que los Principios UNIDROIT dedican a la contratación utilizando condición generales.169 Lo decisivo, en este caso, es que hayan sido predispuestas para su uso general y repetido por una de las partes y que sean usadas por esta misma parte sin ser negociadas con la otra parte, siendo indiferente quien las haya elaborado,

emana declaraciones que si bien no son obligantes si sirven para dar u orientar determinadas políticas públicas a diferencia de los tratados que son suscritos y ratificados por cada país los cuales si son obligatorios; las convenciones pueden ser o no acogidas e incluso está en la potestad de los ciudadanos de cada país pactarlas o no.

El sistema de INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW de ahora en adelante -UNIDROIT- es un esfuerzo multinacional por unificar las reglas en las cuales se pactan los contratos nacionales y principalmente internacionales, esto con la finalidad de tener una serie de reglas claras de cómo se deben pactar y ejecutar los negocios jurídicos[145].

Estas reglas son adoptadas por los países mediante convenciones, la cuales no son obligatorias salvo que el país miembro así lo determine[146], esta realidad no es

---

su extensión o su presentación formal En este mismo sentido, el art. 6:101.3 de los Acquis Principles, al regular el objeto del contrato, define las condiciones generales de la contratación, en términos análogos al DCFR, como aquellas que han sido formuladas con antelación para diferentes contratos con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes." VAQUER ALOY, Antoni. Derecho europeo de los contratos.: Libros II y IV del Marco Común de Referencia: 2 (Atelier Civil), Atelier Libros S.A., primera edición, 2012, p. 117.

[145] "No creemos, por el contrario, que los mismos resulten aplicables, o al menos no de forma automática, cuando los contratantes hayan sometido su contrato a los "principios generales del derecho" o a la lex mercatoria. Ni los principios son usos ni, por supuesto, puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar diversos principios y normas que respondan, a su vez, a distintas concepciones, políticas y jurídicas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los principios se reconozcan como lex mercaroria por los operadores del comercio internacional, así como por los jueces nacionales y los árbitros" PERALES VISCASILLAS, Maria Pilar. El contrato de compraventa internacional de mercancías. Pace Law School Institute of international commercial law, www.cisg.law.edu.

[146] "(…) la primera, es el reconocimiento que hace la Corte a la posibilidad para las partes del contrato de escoger a los Principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. Esta posibilidad no hace más que recordar la naturaleza supletiva de las reglas de obligaciones y contratos contenidas en las leyes nacionales, las que pueden ser derogadas por acuerdo en los contratantes en la medida en que conciban e incluyan cláusulas que dispongan de manera diferente a tales normas supletivas, o bien pactando la aplicación de una ley extranjera que rija esos mismos aspectos o también un instrumento de soft law, como los Principios de Unidroit. Ello, claro está, con los límites señalados por el mismo fallo, que son las reglas nacionales imperativas. Esta restricción está contemplada en el artículo 1.4 de los Principios, de la siguiente forma: "Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado". Igualmente, cabe inferir que la Corte Suprema está empleando una concepción de "Derecho" que no se identifica con las leyes de origen legislado ni estatal y que corresponde a la manera como se viene concibiendo en los reglamentos y leyes de arbitraje internacional, según lo ya mencionado6. Conforme a lo anterior, de forma implícita la Corte Suprema está reconociendo en el fallo el alcance supletivo de las normas de conflicto colombianas, lo que sin duda significa un paso adelante en la discusión

solo nacional puesto que dentro de los mismos principios del UNIDROIT se señala el ámbito de aplicación[147].

El caso colombiano no es la excepción, nuestro país ha establecido vida jurisprudencial la posibilidad de pactar estas reglas en el marco de la celebración de los contratos entre privados, es decir, los particulares mediante sus mecanismos de instrumentación de obligaciones (pagares, contratos, negocios jurídicos).

Fue así que la Corte Suprema de Justicia, estableció o mejor aún, confirmó mediante vía jurisprudencial la posibilidad de pactar contratos bajo los principios del UNIDROIT, bajo la obligación de que estos no se podían contrarias las normas de orden público y además estableció la posibilidad de tenerlos como fuente auxiliar de interpretación.

> Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -Principles of International Commercial Contracts (PICC)- de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la "excesiva onerosidad" (hardship) y la adaptación. Los Principios, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las

---

mencionada anteriormente en torno a si éstas son o no imperativas." OVIEDO ALBÁN, Jorge. Los Principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012 , Cuadernos De La Maestría En Derecho No. 3, pag.16, /ANDRES/Desktop/principios-de-unidroit-como-reglas-aplicables-al-contrato internacional.pdf.

[147] "En mayo de 1994, un grupo de trabajo auspiciado por UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) publicó los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (…) Internacional en Principios establecen normas generales los internacional. El preámbulo a los Principios de UNIDROIT afirma: "Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "principios generales del derecho. La "lex mercatoria" o expresiones semejantes. Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato." Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional." Los Principios de UNIDROIT contribuirán ciertamente a dar a la lex mercatoria un contenido más definido. A este respecto, los Principios de UNIDROIT son un instrumento útil para su uso y aplicación en el arbitraje mercantil internacional." (AUTORES VARIOS) IMHOOS Cristopher. Arbitraje y solución alternativa de controversias, conferencia de las naciones unidas sobre comercio y desarrollo unctad, san jose, noviembre 2005. p. 83.|

> relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos[148].

Por lo tanto, podemos concluir que pactar los contratos privados bajos los principios es permitido en nuestra legislación y adicional se podría acudir a estos textos para interpretar aquellas lagunas o dificultades interpretativas.

**7.2.1.1 Alcances del Convenio de Otawwa de 1988**. Siendo el leasing un contrato con unas características delimitadas por el ordenamiento internacional, encontramos que la primera fuente jurídica en abordar la responsabilidad por los daños ocasionados a terceros son los principios de la convención de Otawa de 1988 los cuales fueron asumidos dentro de las normas UNIDROIT.

En el artículo 8 de la presente Convención se estipulo que las compañías leasing no tendrán ninguna responsabilidad por los daños ocasionados a terceros, al respecto la norma señala: "(b) El arrendador no será, en su calidad de arrendador, responsable ante terceras personas por la muerte, lesiones personales o daños patrimoniales causados por el equipo"[149]

Conforme a la redacción de la norma aquí descrita hay tres aspectos a mencionar i) responsabilidad de las instituciones financieras, ii) alcance de las normas en ámbitos diferentes de la responsabilidad, iii) ámbito de aplicación de las normas UNIDROIT.

- *Responsabilidad de las instituciones financieras*. La norma aquí descrita señala que el arrendador no responderá en su calidad de arrendador de los daños que pudiesen ocasionar los activos a terceros. Por lo tal, bastara con la simple prueba que los activos son objeto de un contrato de leasing para eximirse de responsabilidad.

[148] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, Radicación 11001-3103-040-2006-00537-01. 21 de febrero de 2012. Magistrado Ponente: William Namén Vargas Bogotá, D. C., ,

[149] CONVENIO DE OTAWA de 1988

Sobre quien es el responsable de los perjuicios causados por los mismos nada se comenta, sin embargo consideramos que los eventuales perjuicios podrán estar en cabeza del locatario o arrendatario, eso sí, aclarándose que los daños y perjuicios deben de demostrarse al interior de un eventual proceso jurídico.

- *Alcance de las normas en ámbitos diferentes de la responsabilidad.* La norma de la Convención del UNIDROIT, trae un aspecto interesante y es que aborda otros ámbitos diferentes a los perjuicios por responsabilidad civil, como expresamente señala "*por la muerte, lesiones personales o daños patrimoniales causados por el equipo".* Esta norma contempla la posibilidad de que los perjuicios ocasionados con un activo entregado en leasing excede el ámbito patrimonial.

Al señalar textualmente su carencia de responsabilidad por la muerte o lesiones personales el Instituto para la Unificación del Derecho reconoció que los activos pueden ocasionar perjuicios diferentes a los estrictamente patrimoniales (aunque claro que nuestro ordenamiento reconoce que los mismos pueden dar origen a la reparación integral de los mismos) tales como son los bienes jurídicos tutelados y amparados por el derecho penal como la vida.

- *Ámbito de aplicación de las normas UNIDROIT:* Los principios del UNIDROIT es un instrumento de comercio internacional en el cual resulta aplicable cuando las partes así lo pacten. Lo presente tiene dos dificultades y es que requiere un pacto expreso para señalar este principio y por regla general la responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros[150] supone una afectación a un sujeto de derecho con el cual no se tiene ningún contrato, situación que con el solo título de responsabilidad civil extracontractual se concluye que su aplicación estaría muy limitada, no obstante como mencionamos en este escrito, las aplicación del convención del UNIDROIT se puede dar como una fuente accesoria cuando se presenten lagunas o cuando la ley no sea clara en su interpretación[151].

[150] "tratamiento de la responsabilidad extracontractual de la sociedad de leasing frente a los terceros por los daños ocasionados por defectos del bien objeto del contrato no es correcta. En primer lugar, porque no es un tema específico del contrato de leasing sino de responsabilidad extracontractual y, por tanto, la cuestión debe ser tratada en un Texto general de contratación internacional y no en uno específico sobre el contrato de leasing. En segundo lugar, porque técnicamente es deficiente, ya que el legislador internacional se limita a indicar, que "el arrendador no será como tal responsable ante terceras partes por muerte, daño a las personas o daño a los bienes ocasionados por el equipo" (art. 8.1.b), por lo que la solución definitiva habrá de hacerse a la luz de los principios ordenadores de la Teoría general de obligaciones y contratos contenidos en la normativa nacional aplicable al caso concreto". FLORES, Doña Maria De La Sierra. "El leasing financiero internacional en el tratado unidroit" http://eprints.ucm.es/1533/1/PA_LHDuque.pdf. p. 42

## 7.3 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO ARTÍCULOS 998, 2350, 2351, 2352 Y 355

En la actualidad no existe una ley cuyo propósito sea la de reglamentar la responsabilidad frente a terceros ante los daños ocasionados por los objetos entregados a un locatario a título de mera tenencia en virtud de la celebración de un contrato de leasing.

No obstante, como se ha estudiado anteriormente, nuestro Código Civil contempló algunas normas sobre las cuales a título de ejemplo señalan casos específicos de daño ocasionados por las cosas, partiendo de esos ejemplos se desarrolló por parte de la jurisprudencia, teniendo en cuenta que esta normatividad fue objeto de un estudio a profundidad nos limitaremos a señalar cada una de las normas y su objeto de estudio.

**7.3.1 Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas[152].** Esta categoría es el pilar principal de nuestro sistema responsabilidad respecto de los daños causados a terceros por cosas inanimadas[153], teniendo su fuente legal en los artículos 998, 2350, 2351, 2352 Y 2355 articulados del Código Civil los cuales resaltan a modo de ejemplo la responsabilidad cuando los árboles y plantaciones exceden los muros colindantes, por daños acaecidos de edificios en ruina, por los perjuicios ocasionados por la caída de objetos de los edificios así como por la negligencia en la elaboración de los mismos. Como explicábamos anteriormente, la configuración de una obligación requiere por lo menos de prueba del nexo causalidad el cual se debe de demostrar (así como el daño y la existencia de culpa

---

[151] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, M., radicación 11001-3103-040-2006-00537. Magistrado Ponente William Namén Vargas Bogotá, D. C -

[152] "En nuestra obra sobre la responsabilidad civil hemos considerado que el art. 669 del Código Civil contiene un principio general de responsabilidad civil objetiva, cuando el daño es causado por una cosa. Según esta disposición el derecho de dominio le permite al propietario gozar y disponer de la cosa, siempre y cuando no sea contra la ley o contra derecho ajeno. Esta doctrina ha sido abiertamente aceptada por la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales. Ahora, ella se estructura sobre la base de que no es la simple calidad de propietario lo que genera la responsabilidad, pues el art. 669 está supeditando la responsabilidad al goce que se tenga de la cosa. Ello significa que si el dueño entrega la cosa en arrendamiento financiero, no será responsable de los daños que con ella cause el arrendatario, En el fondo, es la misma solución que se aplica en el campo de la responsabilidad por actividades peligrosas". (Autores Varios) TAMAYO JARAMILLO, Evolución del derecho comercial, Op. cit., pp. 41 -42

[153] "Al respecto señala nuestro artículo 655 del Código Civil "Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptuándose las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658."

o dolo), sin embargo para este régimen existe una presunción legal de culpa que recae sobre la persona que ejerce la guarda del objeto inanimado que causó el daño.

Al ser el guardián sobre quien recae la presunción de culpa se debe de determinar sobre cual persona recae esta condición, estableciéndose por vía jurisprudencial que el responsable será quien ejerce la actividad.

De esta forma, para el caso de edificios ruinoso, la presunción recaerá sobre la persona que tiene el derecho real de dominio sobre el edificio. Pero, si el propietario se ha desprendido del derecho de tenencia o uso, o cedió o perdió sus derechos reales de la cosa, el responsable será aquella persona que tenga la dirección efectiva y realice la actividad sobre el bien causante del daño.

**7.3.2 Responsabilidad por el hecho de las cosas animadas**. Bajo esta categoría de responsabilidad se ha creado el concepto de guarda intelectual, según el cual recae la presunción de culpa sobre aquella persona que tiene el control y dirección del animal. Admitiéndose como medio de ruptura del nexo de causalidad la demostración de fuerza mayor o caso fortuito.

**7.3.3 Responsabilidad por el hecho de un animal fiero.** Evento de responsabilidad objetiva[154] consagrado en el artículo 2354 de Código Civil en el cual quien posea la guarda de un animal fiero que no reporte beneficio, será responsable de los daños que este cause, teniendo la peculiaridad de no ser escuchado cuando el propietario del activo alegue la imposibilidad de evitar el daño.

[154] "Tratándose de responsabilidad objetiva, la culpa carece de importancia probatoria, pues el demandante no está obligado a establecer dicha culpa y al demandado no se le exonera si se limita a probar que no cometió culpa. Probado el hecho, el daño y el nexo causal, el demandado se presume responsable (no culpable). Ahora, en la mayoría de las responsabilidades objetivas, al demandado se Je permite exonerarse si establece una causa extraña, cualquiera que ella sea. En excepcionales casos, solo algunas formas de causa extraña liberan de responsabilidad. Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad del transportador aéreo por lesiones o muerte a pasajeros, solo se libera probando el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima (C. de Co., art. 1880). La fuerza mayor o caso fortuito no tienen poder exoneratorio. Y ante el avance de las hipótesis de responsabilidad objetiva, la causa extraña terminó siendo un concepto de trascendental importancia no solo para los demandados sino también para los demandantes." TAMAYO JARAMILLO. De la responsabilidad civil (tomo III: responsabilidad por las construcciones y los animales. Medios de defensa), Op cit., p. 77..

## 7.4 LA JURISPRUDENCIA EN EL CONTRATO DE LEASING[155]

Esta fuente jurídica es la más importante en el desarrollo de la teoría de la responsabilidad de daño causados por los cosas, como bien mencionábamos las fuentes legales carecen de una disciplina propia de este segmento de la responsabilidad, quedando en cabeza del desarrollo de la Corte Suprema de Justicia el desarrollo de la teoría del guardián, postura en la cual el mero tenedor es el responsable por los daños ocasionados por las cosas.

En la evolución de esta jurisprudencia se han distinguido tres justificaciones en las cuales se ha roto el nexo de causalidad entre el dueño del activo en este caso la compañía de financiamiento y el daño causado. i) teoría del guardian, ii) Carencia de la guardia iii) inexistencia de la responsabilidad por hecho ajeno.

## 7.5 TEORIA DEL GUARDIAN

Da inicio de una presunción inicial y es el que el dueño es el responsable de los daños ocasionados por las mismas, esto conforme a los artículos 2353 y siguientes del Código Civil, sin embargo aunque existes una presunción legal de la responsabilidad del propietario esta no es una presunción de derecho, por lo tanto admite prueba en contrario.

Con la celebración del contrato de leasing se le transfirió al locatario la guarda material del bien, lo que implica que es él quien ejerce dicha guarda, controla, elige y vigila el bien y a las personas que lo operan y mantienen, personas estas que se encuentran bajo la subordinación o dependencia única y exclusivamente.

Es así que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha julio 7 de 1977, Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra. Samper, Sala de casación Civil

[155] Cada sistema de exclusión de responsabilidad varia conforme a la institución empleada, en caso de presunción de culpa la defensa no debe encaminarse a demostrar si existe o no porque se presume en este caso se deberá de acudir a figuras diferentes, al respecto: ““Pero puede suceder que el hecho debatido en el proceso genere una presunción de culpa, en cuyo caso, el demandado debe establecer que esa culpa no existió y mientras no allegue dicha prueba, el juez tendrá que considerarlo como culpable. Es lo que ocurre en las presunciones de culpa contractual (supra, 344 y ss.) y en la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, del artículo 2347 del Código Civil (supra, 595 y ss.). Desde luego, también en estos tipos de responsabilidad el demandado podrá probar una causa extraña, una causal de justificación o cualquiera otra de las defensas que veremos en los párrafos que siguen.” TAMAYO JARAMILLO**.** De la responsabilidad civil (tomo III: responsabilidad por las construcciones y los animales. Medios de defensa). Op. cit., p. 76.

expresó de manera explícita: “El responsable de las 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 necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir”[156]

Ampliando el alcance la anterior sentencia, la Corte Suprema de Justicia, estableció:

> En síntesis, el concepto de GUARDIÁN de la actividad será entonces responsable la persona física o moral que al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercer ese poder, de donde se desprende que en términos de principio y para llevar a la practica el régimen de responsabilidad del que se viene hablando, tiene esa condición:
>
> El propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que (la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmase tener (...) agregándose a reglón seguido que esa presunción la inherente a la guarda de la actividad, puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico... o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada.
>
> Por ende, son también responsables los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso y goce y demás. Cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoraticios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios).
>
> III. Y en fin, se predica que son guardianes los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a eso llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a sus legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado como simple atributo del dominio, mientras no se prueba lo contrario[157]

---

[156] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Civil, Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper, 7 julio de 1977.

[157]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de junio de 1992. Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Scholls,

## 7.6 RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

Este tipo de responsabilidad extracontractual encuentra fundamento en los artículos 2347 y siguientes del Código Civil, donde se consagra que toda persona es responsable, no solo por sus propias acciones para efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Este tipo de responsabilidad la cual tiene sus bases en la guarda del bien, en la culpa in vigilando la culpa in eligendo[158], se deriva y fundamenta en el poder de control o dirección que tiene el responsable de indemnizar el daño sobre las personas que se encuentran bajo su dependencia o cuidado.

Al entregarse el activo en arrendamiento financiero la institución financiera carece de responsabilidad puesto que la conducta causante del daño es ajena a su esfera de cuidado y dependencia. Sobre este punto se pronunció la Corte Suprema de Justicia, donde reza:

> Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tienen su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder. También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe

[158] Al este respecto ha señalado la Corte Constitucional de Colombia: "El artículo enjuiciado es uno de los que en el Código Civil regulan el tema de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno. Este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –culpa in vigilando, culpa in eligendo- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. Mientras que, según otro sector de la doctrina, acogido en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio- conforme a la cual, quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad. El entendimiento de la modalidad de responsabilidad por el hecho ajeno ofrece alguna discusión en la doctrina, como quiera que bajo una comprensión más compleja se suele sostener que la responsabilidad en estos casos no tiene origen en la conducta de un tercero -responsabilidad indirecta-, sino en el incumplimiento del deber propio -responsabilidad directa -, cual es en cada caso el de vigilar, elegir o educar y que vendría a constituir la causa inmediata del daño. Al margen de esta discusión y de los diferentes alcances que se dejan expresados en esta providencia, se observa que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene un fundamento común en la necesidad ponderada por el legislador dentro de su amplia potestad de configuración política, de garantizar a la víctima la reparación del daño, en consideración a la previsible incapacidad física o patrimonial de quien lo ocasiona en forma inmediata y la relación de dependencia o cuidado de éste con el civilmente responsable. Fundamento que a la postre no sufre alteración alguna si la institución jurídica es entendida bajo un régimen de responsabilidad objetiva o uno de culpa presunta, o acaso razonada como responsabilidad directa o indirecta." CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. sentencia C 1235 de 2005.. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil,

> responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado.[159]

Con posterioridad la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA agregó con posterioridad al referirse a este tipo de responsabilidad:

> ...se observa que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene un fundamento común en la necesidad ponderada por el legislador dentro de su amplia potestad de configuración política, de garantizar a la víctima la reparación del daño, en consideración a la previsible incapacidad física o patrimonial de quien lo ocasiona en forma inmediata y la relación de dependencia o cuidado de éste con el civilmente responsable. Fundamento que a la postre no sufre alteración alguna si la institución jurídica es entendida bajo un régimen de responsabilidad objetiva o uno de culpa presunta, o acaso razonada como responsabilidad directa o indirecta."[160]

## 7.7 NO HAY CREACIÓN NI REALIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA

Si bien, en principio, se presume que el propietario es el guardián de la cosa, la misma se puede desvirtuar, ya que si el propietario prueba que no dirige la actividad considerada peligrosa, la responsabilidad caerá sobre quien efectivamente ejerce tal actividad.

Es de agregar, que esta línea jurisprudencia fue aceptada y reiterada recientemente por el mismo colegiado jurídico:

> La responsabilidad por el hecho de las cosas, explican autorizados expositores se justifica por la situación o relación en que se encuentra un sujeto respecto de una cosa y, en particular, por su guarda o custodia, como prevé el expresado artículo 1384, párrafo 1 del Code Civil reproducido por el artículo 2051 del Codice Civile it., según el cual, '[c]ada uno es responsable del daño ocasionado por las cosas que tiene en custodia, salvo que pruebe el caso fortuito

[159] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, del 16 de julio de 1985 expediente 2919.

[160] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, 22 de mayo de 2000 expediente No. 6264

A este respecto, responsable del daño causado con la cosa bajo custodia, es su guardián, o sea, el titular del derecho de dominio, poseedor o tenedor de la cosa y quien ejerce un poder análogo, con tal que tenga su gobierno, administración, dirección o control (Massimo FRANZONI, La responsabilitá oggetiva, t. I, p. 1 ss; Fatti illeciti, en SCIALOJA-BRANCA, "Commentario del Codice Civile" al cuidado de GALGANO, Libro IV, "Delle obbligazioni", arts. 2043 a 2059, especialmente art. 2055, p. 544 ss.).

Per differentiam, la responsabilidad civil por actividad peligrosa nace de ésta, siendo ésta y no la guarda o custodia de las cosas utilizadas en su desarrollo, la que la establece. Estricto sensu, no es la guarda o custodia de la cosa el factor fundante de esta responsabilidad, sino la actividad peligrosa.

Distinta es la cuestión atañedera a la precisión de la responsabilidad de quien ejerce la actividad peligrosa cuando usa cosas de esa naturaleza, o sea, la definición de cuándo el titular de la actividad peligrosa es o no responsable según el daño acontezca en la ejecución de su actividad o por fuera de ésta, esto es, si las cosas empleadas o utilizadas están o no bajo su gobierno, dirección, administración, control o poder y, por ende, dentro o fuera del ejercicio de la actividad peligrosa, ad exemplum, por la pérdida o sustracción de dichas cosas o la transferencia de su dominio, posesión o tenencia. Y, en el mismo sentido, la responsabilidad del dueño o titular de un derecho real o personal de uso o disfrute de una de las cosas con las cuales se ejerce la actividad peligrosa, naturalmente, a más de derivar de la ley, se reconoce como una hipótesis de responsabilidad legal vinculada al ejercicio de la actividad peligrosa, siendo admisible la demostración de un elemento extraño, como lo sería, según el marco de circunstancias, p.ej., el hurto o sustracción.

...el segundo cargo desde el ámbito del error fáctico probatorio, el Tribunal tampoco incurrió en yerro de esa naturaleza, por cuanto delanteramente precisó si la compañía Leasing (...) estaba llamada o no responder de la reparación de los daños pretendidos, y al encontrar que no, desde luego, no era menester examinar los demás presupuestos de la responsabilidad, el daño y la relación de causalidad[161].

El 24 septiembre de 2002, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, refiriéndose al mismo tema se explicó:

En consecuencia debe observarse que la sociedad Leasing demandada en le momento del accidente no incurría en una actividad peligrosa, pues su objeto social no lo constituye el transporte y por el contrario el se dirige a entregar bienes, entre ellos, vehículos en arrendamiento a terceros, conducta que de suyo y para las presentes lides indemnizatorias, no es peligrosa; enunciación que deja al

[161] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Magistrado ponente: William Namén Vargas, 2 de diciembre de dos mil once 2011.

descubierto que no existe le necesario nexo de causalidad, para llamarla en responsabilidad.

Demostrada como está el desplazamiento legal de la guardiana jurídica del bien en cabeza del locatario, esta condición legal no deja la posibilidad diferente a la absolución de la convocada porque como ya se expresó, en tal circunstancia la propiedad que detenta no es nexo suficiente para unir al daño y la culpa, en aras de establecer en el propietario, la responsabilidad que en autos se reclama, siendo importante precisar que en lo atinente a la persona que debe responder por los perjuicios causados a otra por las cosas que le pertenecen, la ley señala al propietario en los eventos a que se refiere los artículos 2350 y 2353 del C. Civil, estructurándose la presunción de culpa en contra del dueño quien, en principio, es el guardián jurídico de la cosa. ¨ Sin embargo, no puede olvidarse que es la conducta del hombre y no la cosa en si misma considerada la que origina la aplicación del artículo 2356 del C. Civil, por lo que importa precisar para ubicar la responsabilidad, a cargo de quien se hallaba la actividad peligrosa causante del daño porque la obligación de indemnizar, insístase, no proviene del hecho simple de ser propietario delo bien sino de adelantar o ejecutar una actividad o ejecutar una actividad considerada peligrosa la que puede o no estar a cargo del titular del dominio (Tribunal Superior de Bucaramanga, Sentencia del 21 de marzo de 1990).

Una vez realizado el análisis de la Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia la conclusión principal es que nuestro sistema jurídico vía sentencia ha creado una fuente legal solida la cual ha establecido la ruptura del nexo de causalidad entre la compañía de financiamiento o banco como propietario del activo y los daños ocasionados a terceros.

## 7.8 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y OBLIGACIONES PROPTER REM[162]

Al sistema de responsabilidad contractual y de obligaciones *propter rem* acudiremos cada vez que surjan obligaciones que emanen por obligaciones contraídas mediante contratos, negocios jurídicos o actos jurídicos, en los cuales los activos entregados en leasing se encuentren inmersos.

Dichas obligaciones las más de las veces se contraen que el locatario pueda realizar el efectivo use y goce de los activos o porque la naturaleza de los mismos exigen de estos objetos entregados en leasing requieren de estos negocios jurídicos para poder realizar su explotación económica.

[162] LASARTE, Carlos. Propiedad y derechos reales de goce, quinta edición, ob. cit, 12 y 13

Dentro de las obligaciones contractuales encontramos algunas que obligan al propietario del activo al considerarlo como solidario en el pago, como son las obligaciones por derechos de rodamiento en el sector automotor, este derecho aunque si bien lo contrata el locatario con una empresa afiliadora la cual permite el ejercicio de rodamiento en el contrato de transporte, esta obligación afecta directamente tanto al arrendatario que afilia al automotor como al propietario del activo, existiendo una obligación solidaria de pago entre ambos.

En las obligaciones *propter rem* las cuales estudiamos a profundidad en el capítulo anterior, son aquellas obligaciones reales que se alojan en cabeza del derecho de dominio y aunque existe solidaridad de pago entre el mero tenedor y el propietario, no hay ninguna excepción o vínculo que pueda proponer el dueño ante el incumplimiento de las obligaciones del mero tenedor, estos caso son comunes las obligaciones por el régimen de propiedad horizontal, impuestos, multas, sanciones entre otras.

A diferencia del sistema de exclusión de responsabilidad emitido con ocasión a la responsabilidad contractual, en la actualidad no existe un sistema jurisprudencial que rompa la solidaridad del régimen contractual y por lo tanto existe una obligación de las instituciones financieras, causando costo al sistema financiero y jurídico.

Estos costos adicionales surgen ante la actividad que debe realizar las instituciones pagando y cancelando las obligaciones de sus locatarios y adicionalmente realizando gestiones de cobro adicionales para dirigirse ante ellos y lograr el pago. Es claro que un proceso dirigido directamente ante el locatario podrá disminuir los costos de transacción, con lo cual se disminuiría el costo operacional de los contratos de leasing.

Ante esta dificultad hemos propuesto una tesis en la cual las instituciones financieras no se encuentran obligadas a realizar este pago, pues en realidad en la colocación de contratos de leasing se limita exclusivamente al financiamiento.

## 8. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE REALIZAR ACTIVIDADES DIFERENTES A SU OBJETO SOCIAL

Es claro señalar que por expresa prohibición legal existe una imposibilidad jurídica para las instituciones financieras realizar actividades que se encuentren por fuera de su objeto social. Tal como indicamos en el primer capítulo de nuestro escrito, la teoría de los estatutos especiales, restringe el campo de acción a las compañías de financiamiento y bancos en las cuales se les obliga a no excederse por fuera de las facultades otorgadas directamente por la ley, bajo el claro fundamento de que son sociedades intervenidas y supervisadas bajo el mandato constitucional del artículo 335 de la Constitución Nacional.

Es decir, al ser las compañías de financiamiento entidades sometidas a los órganos de control y vigilancia, deben acatar la reglamentación especial emitida por las entidades de regulación y supervisión.

En desarrollo de lo anterior, mencionamos que la ley, jurisprudencia, así como en los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera, señalan que las entidades del sector financiero tienen un objeto social exclusivo, y que serán sancionadas si éstas realizan una actividad diferente a las autorizadas por la ley. En otras palabras, las entidades financieras solo podrán desarrollar las actividades que la ley les autoriza expresamente.

> En el presente caso, la Superintendencia Bancaria impuso la sanción al representante legal de (…), por considerar que la entidad realizó actividades por fuera del objeto social exclusivo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, concretamente, por administrar recursos provenientes de entidades territoriales destinados al cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les corresponden[163].

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta C.P. Germán Ayala Mantilla. Sentencia del 17 de septiembre de 1999, expediente No. 9404, al señalar:

---

[163] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Radicación 13353. M. P. Ligia López Díaz.

> Ahora bien, la capacidad jurídica de las sociedades fiduciarias (refiriéndose a las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera), como sociedades mercantiles que son (artículo 100 del C.Co), en armonía con lo previsto en el artículo 99 del C.Co, se halla restringida a las operaciones que constituyen su objeto social, las cuales, se reitera, se encuentran expresamente autorizadas por la ley; así mismo, dicho atributo se extiende a aquellos actos que tengan por finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la compañía y a los actos directamente relacionados con la actividad principal, cuya armonía con ésta, tal como lo expresa la Superintendencia Bancaria (...) "deberá siempre expresarse a través de una relación instrumental -de medio a fin- cuyos extremos serán, en su orden, el acto considerado y la empresa o actividad prevista en los estatutos de la compañía." (Negrilla fuera del texto original)

En igual sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 14 de junio de 1996, Consejero Ponente Delio Gómez Leyva, expediente 7450, manifestó para el caso específico de las sociedades fiduciarias; pero también aplicable a las compañías de financiamiento que: "Las sociedades (...) como sociedades de servicios financieros que son, ejercen su actividad de acuerdo con lo previsto expresamente en las disposiciones normativas que las rigen, motivo por el cual solo pueden realizar las actividades que taxativamente aquéllas les señalan"

Esta tesis ha sido acogida y reiterada por la Superintendencia Financiera, es así que señaló para el caso en concreto de las Compañías de Financiamiento: "Conforme a lo expuesto se observa que el objeto social de las instituciones vigiladas es reglado en la medida en que sólo pueden adelantar aquellas actividades que la ley expresamente les autoriza, como las contenidas para las compañías de financiamiento comercial en la normatividad anteriormente citada"[164]

Posteriormente, este concepto volvió a ser acogido la Superintendencia Financiera, mediante Concepto argumentó:

> Al respecto, sea lo primero recordar que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, en la medida en que han sido expresamente autorizadas para manejar recursos captados del público, sólo pueden llevar a cabo las operaciones e inversiones que se encuentran taxativamente previstas en la ley, contrario a lo que sucede con la generalidad de sociedades comerciales, las

[164] SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto No. 2003060357-1, de 1 de marzo de 2004

cuales pueden incluir en su objeto social cualquier actividad mercantil lícita que se relacione con los fines de la empresa"[165].

Ahora bien, quedando totalmente claro y sin ningún margen para discutir que las entidades financieras solo pueden desarrollar las actividades que la ley expresamente les ha señalado, es necesario señalar cuáles son cada una de las funciones que la ley le autoriza realizar a las Compañías de Financiamiento y a los bancos:

Es de mencionar que el artículo 7 y 24 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señala cuáles son las actividades autorizadas por la ley a los bancos y a las compañías de financiamiento[166]

---

[165] SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Concepto 2009011192-001 del 30 de marzo de 2009.*

[166] ARTICULO 7o. OPERACIONES.1. Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:
a. Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda;
b. Recibir depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorros, conforme a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el presente Estatuto;
c. Cobrar deudas y hacer pagos y traspasos;
d. Comprar y vender letras de cambio y monedas;
e. <Literal modificado por el artículo 26de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Otorgar crédito, incluidos préstamos para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones, sin perjuicio de lo previsto en el literal c) del artículo 10 del presente estatuto.
f. Aceptar para su pago, en fecha futura, letras de cambio que se originen en transacciones de bienes correspondientes a compraventas nacionales o internacionales.
g. Expedir cartas de crédito;
h. Recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba, y arrendar cajillas de seguridad para la custodia de tales bienes;
i. Tomar préstamos dentro y fuera del país, con las limitaciones señaladas por las leyes;
j. Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas;
k. Celebrar contratos de apertura de crédito, conforme a lo previsto en el Código de Comercio, y
l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.
m. <Literal adicionado por el artículo 7o. de la Ley 510 de 1999. El texto es el siguiente:> Realizar las operaciones de que trata el numeral 5 del artículo 22 del presente Estatuto.
n. <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.
Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.
En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.

# 9. CONCLUSIONES

El contrato de leasing es una figura muy importante como instrumento jurídico para la obtención del uso y goce de la propiedad, situación que la ubica un contrato de alta importancia en cualquier sistema económico, en especial, en aquellos donde se requieren de activos productivos para la producción.

Lo anterior, ocasiona la eventual consecución de daños a terceros ajenos al contrato de leasing por los activos entregados en leasing, lo cual se traduce en una serie de demandas procesos jurídicos en contra de los responsables por parte de los afectados.

En la evolución histórica de lo que en la actualidad conocemos como derecho de bienes y responsabilidad civil, encontramos como respuesta inicial la presunción de responsabilidad en cabeza del propietario, es decir el propietario siempre respondería por los daños ocasionados por las cosas como una traducción del

---

ñ. <Numeral adicionado por el artículo 2 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Celebrar contratos de administración no fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.
o. <Literal adicionado por el artículo 26 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra.
<Operación adicionada por el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Autorízase a los establecimientos bancarios para manejar las cuentas de ahorro programado obligatorio previstas en el literal b) del numeral 4 del artículo 40 de la Ley 1151 de 2007.
"ARTICULO 24. OPERACIONES AUTORIZADAS. Las compañías de financiamiento comercial* en desarrollo de su objeto principal podrán:
a. <Ver Notas del Editor sobre reducción de plazo> Captar ahorro a través de depósitos a término. Los títulos respectivos serán nominativos y de libre negociación, no podrán tener plazos inferiores a tres (3) meses y sólo podrán redimirse en la fecha de su vencimiento. En caso de que no se hagan efectivos en dicha fecha los certificados se entenderán prorrogados por un término igual al inicialmente pactado;
b. Negociar títulos valores emitidos por terceros distintos a sus gerentes, directores y empleados; c. Otorgar préstamos; d. Comprar y vender títulos representativos de obligaciones emitidas por entidades de derecho público de cualquier orden; e. Colocar, mediante comisión, obligaciones y acciones emitidas por terceros en las modalidades que autorice el Gobierno Nacional;
f. Otorgar financiación mediante la aceptación de letras de cambio. Las letras de cambio que acepten las compañías de financiamiento comercial* serán libremente negociables, no renovables y sólo podrán originarse en transacciones de compraventa de bienes en el interior;
g. Otorgar avales y garantías en los términos que para el efecto autoricen la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno según sus facultades legales;
h. Efectuar operaciones de compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos;
i. Efectuar, como intermediario del mercado cambiario, operaciones de compra y venta de divisas y las demás operaciones de cambio que autorice la Junta Directiva del Banco de la República, quien dictará las regulaciones pertinentes y,
j. <Literal modificado por el artículo 17 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Realizar operaciones de leasing."

sistema de *culpa in vigilando y culpa in eligendo* que en últimas es la responsabilidad por el debido cuidado que deben realizar los propietarios de las cosas.

La anterior medida, no le fue ajena a nuestro Código Civil quien la contempló y partió del mismo principio, haciendo responsables de los daños y perjuicios a los dueños. Con el paso del tiempo, figuras de distinta índole ingresaron a nuestro régimen legal, entre ella el contrato de leasing, figura en la cual "…[se] 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 el plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra...".

Al mantenerse como responsable al locatario de los contratos de leasing volvería la figura inútil en la ejecución comercial, es decir, nadie estaría interesado en responder por los perjuicios que ocasionen sus locatarios, por lo cual, se acudió a los sistemas de exoneración responsabilidad civil tradicionales.

Aunque la solución otorgada sirve para solucionar muchos de los hechos que ocasionan responsabilidad, es cierto que estas no son las únicas soluciones encontradas por el sistema legal colombiano.

La imposibilidad jurídica surge como una solución más apropiada, donde se recogen la teoría de los estatutos especiales, teoría propia de las instituciones financieras en donde solo se puede realizar aquello que expresamente diga la ley.

Al encontrarse que existe o mejor que no hay una facultad legal de realizar vigilancia, cuidado y en especial de la operación y construcción de los bienes entregados en leasing por parte de las instituciones financieras, podemos deducir y concluir que no le es posible a los bancos y compañías financieras poder responder por los daños ocasionados a terceros, ya que no le es posible tener la guardia y custodia y en donde su actuación se limita a una actividad de financiamiento, en otra palabras no les es posible por la imposibilidad jurídica.

## BIBLIOGRAFIA


ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC. Antonio. Tratado de derecho civil; partes preeliminar y general. Tomo I. 1 ed. Bogotá: Jurídica Chile.1998.

ALVAREZ DIDYME-DOME, Manuel José. Contratos mercantiles. Ibagué: Universidad de Ibagué Editores, 2012.

ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de derecho civil. Los bienes y los derechos reales. 4 ed. Santiago de Chile: Nacimiento.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contrato mercantiles. Tomo III Contratos atípicos. 7 ed. Bogotá: Dike, 2008.

(AUTORES VARIOS) LEVY ORLIK, Noemí. Globalización financiera e integración monetaria: una perspectiva desde los países en desarrollo, México: UNAM Eds, 2002.

(AUTORES VARIOS) IMHOOS, Cristopher. Arbitraje y solución alternativa de controversias, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. San José: UNCTAD, noviembre de 2005.

(AUTORES VARIOS) FEDELEASING. Manual jurídico de leasing. Bogotá: Alvear, 2010.

(AUTORES VARIOS) SANCHEZ LORENZO SIXTO. El derecho catalán en el contexto europeo, aproximación del derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la comunidad europea. España: Peteció, 2003.

(AUTORES VARIOS) TAMAYO JARAMILLO, Javier. Evolución del derecho comercial. 1 ed. Bogotá: Dike, 1997.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contrato mercantiles Teoría General del Negocio Mercantil. 13 ed. Bogotá: Legis.

ASURMENDI, C. S. La opción de compra. 2 ed. Madrid: Dykison, 2007.

BAENA CÁRDENAS, Luís Gonzalo. El leasing habitacional : instrumento para financiar la adquisición de vivienda. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia editores, 2014.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008.

CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. Curso de derecho civil. De los bienes. Quito: Ediciones Universidad Católica de Quito, 1982.

COILLOT, Jacques, El Leasing. 2 ed. Madrid: Mapfre, 1974..

CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. 5 ed. Bogotá: Editorial Pontificia Javeriana, 2007.

FARINA J., Manuel. Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires: ASTREA

FESSIA, Ricardo. Breve síntesis histórica de Roma y su derecho. Santa Fé: , editorial Universidad de Litoral, 1996.

FLORES, Doña Maria De La Sierra. El leasing financiero internacional en el tratado unidroit (Consultado el 17 de Agosto de 2014). Disponible en Internet: <http://eprints.ucm.es/1533/1/PA_LHDuque.pdf.>

FLÓREZ RONCANCIO, Jesús David. Derecho Civil Bienes, 1 ed. Bogotá: Temis

GONZÁLEZ DE CANCINO EMILSSEN. Manual de derecho romano. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.

GRANADOS ORTIZ, Juan y DÍAZ, Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad Rosario, 2006.

GRANATO, Leonardo. Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. (Consultado el 17 de Agosto de 2014). Disponible en Internet: < http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/185_granato.pdf>

GRECIET PAREDES, Paula., ARMANDO FLORES, Gustavo y ORTEGA ORTEGA, Dolores. Contabilidad Básica micro, pequeña y medianas empresas en Honduras. Tegucigalpa: Aula Mentor, 2012.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato. 6 ed. Bogotá: Temis.

GUTIÉRREZ GÓMEZ. Giovanni Yair. Estado social de derecho o estado garantista y el mito de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, Estados Unidos: Palibrio.

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR. Contratación Mercantil y Bancaria. Bogotá: El Derecho Grupo Editorial, 2011.

HINESTROZA, Fernando. Apuntes de derecho romano -bienes-. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004.

HINESTROSA, Fernando. Derecho de obligaciones, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1967.

IGLESIAS, Juan. Derecho romano historia e instituciones, 11 ed. Barcelona: Ariel, 1997.

LASARTE, Carlos. Propiedad y derechos reales de goce. 5 ed. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LÓPEZ ROCA, Luis Fernando, El principio de la igualdad en la actividad financiera. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012.

MACKELDEY, Ferdinand. Elementos del derecho romano: que contienen la teoría de la Instituta. United Status: Nabu Press, 2011.

MEZA OROZCO, Jhonny De Jesús. Evaluación financiera de proyectos: 10 casos prácticos resueltos en Excel. 3 ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011.

MONLLOR DOMÍNGUEZ, J. Economía, legislación y administración de empresas. Murcia: editorial Universidad de Murcia, 1996.

MURILLO HERRERA, Wilson Albeiro. Reflexiones sobre derecho privado patrimonial, vol. II. España: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO**.** Constitución y vivienda. 1 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006.

NARVÁES PIZANO, EDUARDO. Del UPAC al UVR: Vivienda en Colombia 1970-2005". 2 ed. Bogotá: Pensamiento siglo XXI, 2005.

NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA, "Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida". (Consultado el 17 de agosto de 2014). Disponible en Internet:< www.edictum.com.ar/.../Martha%20Lucia%20Neme%20Villareal.doc>

OCHOA, Oscar. Derecho civil I: personas. 1 ed. Caracas: UCAB, 2006.

OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. Bienes. 7 ed. Bogotá: Temis, 2011.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. La transmisión de riesgos en el contrato de compraventa derecho colombiano y comparado. (Conusultado el 17 de agosto de 2014). Disponible en Internet< www javeriana edu co jurídicas pub_rev documents 5OviedoA.ult.pdf >

PERALES VISCASILLAS, Maria Pilar. El contrato de compraventa internacional de mercancías. Pace Law School Institute of international commercial law, (Consultado el 17 de agosto de 2014). Disponible en Internet:<www.cisg.law.edu>

PEREZ SALAZAR, Diana Maria. La teoría del riesgo. El principio por el cual las cosas perecen para el acreedor en el código civil colombiano y comparación con el código de comercio. Tesis de grado. Bogotá: Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho, 2002.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Lengua Española. 22 ed. Madrid, 2001.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. La terminación y la resolución unilateral del contrato. (consultado el 17 de agosto de 2014). Disponible en Internet: <,www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Operación de Leasing. 1 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica De Chile, 1991.

SOLAR ORTÚZAR, Antonio El Contrato de Leasing. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. 2 ed. Bogotá: Legis, 2003.

VELASQUEZ JARAMILLO, Guillermo. Bienes. 12 ed. Bogotá: Temis, 2010.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo II: de los perjuicios y su indemnización. Temis, Bogotá: Temis, 1990.

TAMAYO JARAMILLO. Javier. De la responsabilidad civil tomo III: responsabilidad por las construcciones y los animales. Medios de defensa. 2 ed. Bogota: Temis. 1999.

VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho civil: tomo I: parte general y personas, 17 edición., Bogotá: Temis, 2011.

VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho civil: tomo IV: contratos, 7 ed. Bogotá: Temis, 2011.

VALENCIA ZEA, Arturo, La posesión. 7 ed. Bogotá: Temis, 1983.

VAQUER ALOY, Antoni. Derecho europeo de los contratos.: Libros II y IV del Marco Común de Referencia: 1 ed. (Atelier Civil), Atelier Libros S.A. 2012.

YOUNG, Paul, International Accounting Standard 17 (IAS 17): Leases, 2011. (Consultado el 17 de Agosto de 2014). Disponible en Internet: http://www.cga-pdnet.org/Non_VerifiableProducts/ArticlePublication/IFRS_E/IAS_17.pdf

**JURISPRUDENCIAS**

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de septiembre 13 de 2001, expediente 12487

CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, sentencia C- 320 dc 3 julio 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 29 de noviembre 2005, sentencia C 1235 de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación Civil, Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper, 7 julio de 1977.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrado Ponente: Dr. Horacio Montoya Gil, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 2419 del 16 de julio de 1985.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Scholls, la sentencia del 4 de junio de 1992.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, 22 de mayo de 2000 expediente No. 6264

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No 6462 del 13 de diciembre de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Magistrado ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS, 2 de diciembre de dos mil once 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, magistrado ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS Bogotá, D. C., 21 de febrero de 2012, radicación 11001-3103-040-2006-00537-01.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto: 1999025345-1. Junio 8 de 1999.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto 2009053650-001, del 13 de Julio de 2009,

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA en el concepto 2011052709-002 del 28 de septiembre de 2011.

SUPERINTEDENCIA FINANCIERA. Concepto número, 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución número 17928 del 26 de julio de 2003.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Concepto No. 2003060357-1, de 1 de marzo de 2004.