

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 22

ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LOS CONTRATOS DE LEASING FINANCIERO EN COLOMBIA

Paula Andrea Osorio Castro
E-mail: paok_1015@hotmail.com

Paula Andrea Pérez Restrepo
E-mail: paulap_123@hotmail.com

León Andrés Montoya Morelo
E-mail: lamg60@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2016

Resumen: El propósito central del presente artículo se basa en determinar los elementos configuradores de los contratos de leasing financiero teniendo como referencia la legislación, la doctrina y la jurisprudencia colombiana. La importancia de abordar desde la óptica jurídico la figura del leasing financiero radica en que éste se constituye en una fuente alternativa para financiar activos fijos generadores de renta que una persona natural o una empresa necesita. Precisamente, mediante este contrato de arrendamiento financiero, una entidad entrega unos activos para su uso, a cambio del pago de un canon periódico durante un plazo establecido. Al finalizar el contrato, se tiene derecho a adquirir el activo por un porcentaje pactado desde el inicio de la operación, denominado opción de compra.

Palabras claves: *Leasing, Financiamiento, Banco, Compañía de financiamiento, Locatario, proveedor, plazo, opción de compra.*

Abstract: The main purpose of this article is based on determining the elements which financial leasing contracts with reference to the legislation, doctrine and Colombian jurisprudence. The importance of addressing from the legal perspective figure of financial leasing is that it constitutes an alternative source to finance income-producing assets that a natural person or a company needs. Precisely through this leasing contract, an entity delivers some assets for use, in exchange for payment of a periodic fee for a specified period. At the end of the contract, you are entitled to acquire the asset for an agreed percentage from the start of the operation, called call option.

Keywords: *Leasing, Financing, bank, finance company, tenant, provider, term option.*

1. INTRODUCCIÓN

En los negocios mercantiles, los sujetos inmersos en una relación contractual, tienen la posibilidad de regirse bien sea por las figuras jurídicas preexistentes u optar por

crear nuevas reglas que disciplinen sus negocios en particular, en virtud de la autonomía privada de la voluntad.

Cada es más relevante el papel que han venido desempeñando los contratos a nivel

comercial, a tal punto de que en un gran número de contextos se recurre a este tipo de instrumentos para clarificar las relaciones comerciales, tanto entre personas naturales como jurídicas.

Algunos de esos contratos se encuentran extensamente regulados en la normatividad nacional e internacional, pero otros han sido el resultado de las relaciones intrincadas y cada vez más complejas del comercio hoy en día, los cuales dependen de la voluntad contractual.

Pero esta libertad contractual, así mismo permite que con el surgimiento de las nuevas figuras jurídicas también se establezcan elementos que merezcan un especial análisis, el cual puede hacerse desde la doctrina o desde el propio ámbito jurisdiccional; toda esta situación da lugar a que surjan nuevas formas contractuales, como es el caso del leasing.

Al respecto, el tema del arrendamiento de bienes muebles e inmuebles ha sido posibilitador de figuras como el contrato de leasing, entendido como subespecie de

arriendo mobiliario e inmobiliario duradero con servicios, los cuales han venido adoleciendo de una suerte de “invisibilidad jurídica” que no se justifica con su gran poderío socioeconómico.

Frente al leasing o arrendamiento financiero, éste sólo se encuentra autorizado, exclusivamente, para las compañías de financiamiento comercial, las cuales pueden llevar a cabo todas las operaciones que la ley les permite o únicamente especializarse en la prestación de la actividad del leasing financiero, sin que ello quiera decir que existen dos clases o tipos de compañía de financiamiento comercial, ya que lo que las diferencia es el enfoque que la compañía le dé a la actividad del leasing financiero.

La principal característica del leasing, según lo anteriormente descrito, está dada por el esquema que la sociedad adquiere de los bienes. De esta forma, la dinámica del leasing es esencialmente financiera, a diferencia de otras figuras análogas como el renting en donde está basado en la explotación de bienes a través del contrato de alquiler clásico por parte del propietario de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 22

éstos, generalmente por medio de una sociedad especialista en el tema, quien los retiene para arrendarlos continuamente (ejemplo de ello son las empresas dedicadas a la renta de vehículos).

Es de tener en cuenta que el contrato de leasing carece de una expresa regulación *ad hoc*. En Colombia, por ejemplo, aunque existe abundante jurisprudencia recaída sobre diferentes tipos de contratos, aun así no es fácil rastrear esta figura contractual por falta de una figura normativa precisa y por su confusión y camuflaje en contratos próximos (leasing financiero, arrendamientos de inmuebles o de industria, contratos de servicios); por lo cual no ha recibido aún el tratamiento doctrinal de conjunto que merece.

Por lo anterior, se hace necesario llevar a cabo un laborioso ejercicio interpretativo de caracterización del contrato de leasing que implica la configuración jurídica de este contrato empresarial, a la luz de la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia, ya que al igual que en otros países, en Colombia, desafortunadamente no se han ocupado de

este contrato, cuya práctica es bastante frecuente, por lo que se ha tenido que escudriñar en fuentes ajenas a la doctrina nacional para con ello identificar de manera clara y expedita sus características y aspectos esenciales, labor ésta que se pretende desarrollar en este escrito.

2. FUNDAMENTOS DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

2.1. LA ATIPICIDAD CONTRACTUAL EN COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano devela una fuerte carencia en cuanto a tratamiento normativo de los contratos de colaboración empresarial.

Desarrolla el mencionado ordenamiento figuras como los Consorcios y las Uniones Temporales, pero solo previstas para contratar con la administración pública, conforme lo establecido en la ley 80 de 1993, artículo 7.

Así mismo en el Código de Comercio sólo se contempla la figura jurídica de las cuentas en participación (Véase al respecto Código

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 22

de Comercio Título X, Artículo 507 y siguientes en el que se define y desarrolla la figura de las cuentas en participación).

Por su parte, la ley 37 de 1993, artículos 9 al 13, regula un tipo de contrato de asociación, pero destinado única y exclusivamente a la celebración de contratos de asociación en el ámbito de la telefonía celular.

Aparte de las anteriores referencias normativas, no cuenta el derecho colombiano con ninguna otra figura de contrato de colaboración empresarial, que facilite el tráfico de los negocios conforme a las necesidades propias de la actualidad.

Para abordar la teoría de los contratos atípicos en Colombia, es necesario identificar toda una serie de referentes doctrinales, los cuales procuran un punto de referencia para entender su naturaleza y características.

Con respecto a toda la teoría de los contratos atípicos en Colombia, Camacho (2005), dice lo siguiente:

Los contratos atípicos en cualquier ordenamiento jurídico son una tipología de contratos en constante desarrollo y evolución, siempre renovándose conforme a los avances que en materia de contratación se requieren y de los cuales pocas veces el derecho positivo se ocupa (p. 455).

El fundamento de los denominados contratos atípicos se encuentra en la autonomía de la voluntad de los contratantes, siendo su fundamento no sólo en nuestro ordenamiento, sino en cualquier ordenamiento jurídico.

Sigue siendo la voluntad de las partes el criterio básico que debe guiar la labor hermenéutica del juez y con mayor razón con el contrato atípico, en donde “el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido” (Corte Suprema de Justicia, 1946).

Mediante la autonomía de la voluntad, las partes pueden crear nuevas figuras contractuales cuando con las reguladas no se logra satisfacer los intereses pretendidos en una transacción jurídica; dicha voluntad es

vinculante, razón por la cual emitido el consentimiento se tiene que el contrato que se ha creado obliga, es decir que evita que una de la partes se sustraiga a el cumplimiento de lo acordado.

2.2. CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LOS CONTRATOS ATÍPICOS

La causa de los contratos atípicos es aquella pretendida por la autonomía de la voluntad de los contratantes para obtener resultados en derecho, sin controvertir los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Los contratos atípicos surgen como resultado de la evolución en el tráfico de las relaciones jurídicas, que cada día se hace más dinámico y para el cual el derecho en ciertas ocasiones no prevé los modelos contractuales que den solución a las necesidades de dichas relaciones; por tal motivo las partes contratantes disponen dentro del marco de la autonomía de la voluntad de un amplio margen contractual dentro del cual moverse para así dar solución a las necesidades que no encuentran respuestas en la norma jurídica. Son, en suma, el resultado de nuevas formas

de contratación que resultan prácticas y eficaces a la hora del tráfico jurídico.

Su desarrollo ha sido consecuencia también de los avances tecnológicos para los cuales el derecho no está preparado para dar respuesta, por lo que la dinámica contractual se moviliza a crear nuevas figuras contractuales.

Contribuye también a la creación de nuevas figuras contractuales el decidido incremento del comercio exterior, el cual a través del intercambio entre las naciones impone fórmulas desconocidas de contratación.

Surgen así mismo como respuesta a la marcada obsolescencia de las normas civiles y comerciales, las cuales en no pocos casos cuentan con décadas de haber sido promulgadas, por lo que no se encuentran previstas para solucionar las nuevas situaciones que se dan en el ámbito de las relaciones jurídicas que cada día requiere nuevas figuras ágiles y eficaces a la hora de contratar.

3. EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO DE CONFORMIDAD CON LA DOCTRINA COLOMBIANA

3.1 DEFINICIÓN

Los antecedentes históricos del leasing financiero ubican los orígenes de esta figura contractual en el marco del derecho anglosajón, específicamente en el contexto del derecho comercial norteamericano hacia mediados del siglo XX; posteriormente, con el desarrollo de la globalización, este tipo de negocios contractuales se fue extendiendo a lo largo y ancho del mundo hasta llegarse a implementar en Colombia.

Según Durán (2004), la figura del contrato de Leasing Financiero en Colombia lleva ya dos décadas; sin embargo, estudiantes y profesionales del derecho comercial (Suescún, 2003) en nuestro país desconocen las bondades que esta figura contractual tiene y que pueden servir como mecanismo para la reactivación económica de del país, ya que por este medio puede dotarse a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de maquinaria e insumos en pro de facilitar y mejorar el nivel de explotación de sus

productos agrícolas y manufactureros, contribuyendo así a mejorar el alto índice de desempleo por el que Colombia atraviesa hoy.

Durán (2004) define el Leasing Financiero desde tres ámbitos: el legal, el jurisprudencial y la doctrina.

De acuerdo con la Asociación Bancaria de Colombia (1981), desde lo legal, el Leasing es un contrato que forma parte de la lista de los denominados contratos atípicos, por lo que no se encuentra ninguna disposición legal en Colombia que sirva para emitir un concepto jurídico al respecto; sin embargo, el Decreto 148 de 1979 lo define como “el consistente en el arrendamiento que se concede a una persona natural o jurídica, de bienes de capital, bienes que adquiere la sociedad de Leasing de acuerdo con las especificaciones dadas por el arrendatario, otorgándole, a su vez, una opción de compra del mismo bien, cuyo precio deberá tener en cuenta el monto de los cánones de arrendamiento”; a su vez, el Decreto 913 de 1993 preceptúa que este tipo de contrato se debe entender como una operación de

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

Ahora, desde el ámbito jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 6462 de 2002 dispuso que el Leasing es un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad que debe estar autorizada por la ley para celebrar este tipo de operaciones, le concede a otro la tenencia de un determinado bien mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, lato sensu, necesariamente productivo, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario podrá adquirir, in actus, la propiedad de la misma, previo desembolso de

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

Por último, desde la doctrina de Castello (1989), el Leasing es un contrato en virtud del cual una parte entrega a la otra un activo productivo para su uso y goce, a cambio de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario si éste último decide ejercer una opción de adquisición que, generalmente, se pacta a su favor.

En suma, existen dos tipos de Leasing como son el financiero y el operativo; el Leasing financiero se puede definir como un contrato en virtud del cual, una compañía de financiamiento comercial, denominada LA LEASING, entrega a una persona natural o jurídica denominada LOCATARIO, la tenencia de un activo productivo que ha adquirido para el efecto y que éste último ha seleccionado para su uso y goce, a cambio del pago periódico de una suma de dinero

(canon) durante un plazo pactado y cuyo vencimiento, el locatario tendrá derecho a adquirir el activo por el valor de la opción de adquisición; mientras que el Leasing Operativo es un contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica, denominada LA ARRENDADORA, entrega a otra, llamada LA ARRENDATARIA, la tenencia de un bien para su uso y goce, a cambio del pago de un canon o renta periódica.

Según Durán (2004), la diferencia fundamental entre estos dos tipos de Leasing radica en que en el Leasing Financiero siempre lo constituye una opción de compra a favor del Locatario pactada desde el inicio del contrato, mientras que en el operativo sólo se presenta esta opción excepcionalmente, y de existir, es por el valor comercial del bien (Opción de Compra).

El Contrato de Leasing Financiero, por tanto, tiene unas tipologías específicas: es un contrato atípico, bilateral, consensual oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y de naturaleza Mercantil; y, a su vez, debe tener unos elementos tanto genéricos (las partes, el

consentimiento y el objeto del contrato) como específicos (opción de compra y el término inicial) para su conformación y validez.

Agrega Durán que la difícil situación que ha enfrentado el país en los últimos años ha golpeado al sector productivo de la economía, lo que ha ocasionado un número creciente de concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades a las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo; ello ha generado la creación de la ley 550 de 1999, con la cual, no se trata de que el Estado tenga una intervención directa en la elección de las empresas recuperables, sino de que utilice su poder normativo para ofrecer a la comunidad empresarial un marco legal que propicie acuerdos de reactivación.

Por último, destaca Durán (2004) que en Colombia, no se ha suministrado al contrato de Leasing financiero, el suficiente estudio y análisis que requiere, puesto que las compañías de financiamiento comercial, como sociedades especializadas en la prestación del servicio, han olvidado la

naturaleza del contrato, ya que, por su afán de desembolsar créditos, otorgan bajo ésta modalidad comercial, bienes que no son susceptibles de ningún tipo de producción, ni de generar renta, lo que pone en peligro el desarrollo de dicho contrato en el mercado.

Y señala que al igual que las Compañías de Financiamiento Comercial, el legislador colombiano no se ha preocupado por dotar a ésta figura contractual de un régimen legal independiente del contrato de arrendamiento al que se ha venido ciñendo, lo que ha puesto a muchos juzgadores en situaciones difíciles de dirimir por vacíos de la norma, creando pánico en el mercado, y obligando a personas interesadas en obtener bienes susceptibles de producción a recurrir a otras modalidades contractuales.

3.2 CARACTERÍSTICAS DEL LEASING FINANCIERO

A continuación, se relacionan las diferentes características del contrato del leasing financiero, para lo cual se toma como referente la doctrina que sobre el tema se ha desarrollado.

En este sentido, se toman lo establecido por Bonivento (2005), quien considera el leasing financiero es un contrato bilateral, por cuanto las partes inmersas en el contrato se obligan la una a favor de la otra asumiendo las cargas contractuales que señalaremos más adelante, justamente en el acápite de las obligaciones del locatario y en las de la compañía de leasing. Hay quienes sostienen que el negocio puede ser trilateral “cuando, además de obligarse el arrendador y el arrendatario, contrae compromiso negocial el proveedor, de transferir al primero de los mencionados el bien cuya tenencia se va a permitir al segundo, asumiendo deberes particulares o propios(...)” (Bonivento, 2005, p. 108). Frente a lo cual no estamos de acuerdo, por cuanto la obligación que adquiere el proveedor solo se da frente a la empresa leasing, pero en virtud del negocio que celebran estos para transferir la propiedad al segundo, más la obligación no deviene del contrato de leasing.

El autor también sostiene que es oneroso, ya que tal como en los bilaterales, la onerosidad de este tipo de contratos surge por la obligación que adquiere una parte frente a

la otra, gravándose mutuamente en la búsqueda de beneficios, pero además, la onerosidad en el contrato de leasing financiero viene dada por la utilidad que buscan los contratantes, pues la compañía de leasing busca la obtención de capital a través de los cánones que recibe producto del contrato celebrado con el locatario y éste último obtendrá utilidad con la entrega del bien que se le haga a título de leasing financiero.

Destaca Bonivento (2005) que también es conmutativo, porque en ellos se conoce la carga prestacional en cabeza de los contratantes, las cuales se entienden equivalentes, así como también de los beneficios que se pueden recibir de la otra parte contratante.

Además, es principal, pues subsiste por sí mismo sin necesidad de suspender su ejecución dependiendo de la realización de otro contrato.

También es consensual, dado que solo requiere del acuerdo de voluntades entre la compañía de leasing y el locatario para que

nazcan a la vida jurídica las obligaciones como buen contrato de naturaleza comercial, no obstante, por ser un contrato atípico, para efectos de la prueba, por la naturaleza de las sociedades autorizadas, y además por el control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, lo usual es que se haga por escrito y en documento pre-impreso.

Bonivento (2005) también sostiene que se trata de un contrato de adhesión, por cuando los formatos pre-impresos que traen las compañías de leasing contienen todas las cláusulas contractuales que van a regir el contrato, quedándole solo al locatario la opción de elegir el bien objeto del contrato y las cuotas a las que se va a sujetar, lo cual no implica una negociación, pues lo que hace que un contrato sea de libre discusión es la posibilidad de acordar sobre cada una de las condiciones del contrato, más no simplemente aceptarlas.

Es individual, no por el número de personas inmersas en la relación contractual, sino, como lo dijimos en el capítulo sobre la clasificación de los contratos, porque los

efectos de la celebración del contrato solo vinculan a los suscriptores, quienes se obligan en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, una razón más para no aceptar la tesis de quienes sostienen que el proveedor del bien que se va a dar en arrendamiento también se obliga en el contrato de leasing financiero tornando la relación trilateral.

Según Bonivento (2005), es un contrato de tracto sucesivo, por cuanto son contratos estipulados para ser de mediano o largo plazo, en los cuales el uso y goce del bien dado en arrendamiento financiero es continuo, así como también los pagos periódicos que se hacen en contraprestación.

Para el autor en comento, es de colaboración, ya que esta clasificación se da en tanto el locatario es también un empresario, pues la sociedad leasing siempre lo será por la obligación legal de constituirse en Compañía de Financiamiento Comercial o en Banco para celebrar contratos de leasing. Cumplido el anterior requisito, se puede decir que el contrato de leasing financiero tiene como característica ser también de

colaboración, en la medida en que ambas partes se gravan en beneficio de la otra, pues el bien que se entrega en leasing financiero debe tener como finalidad proporcionar los ingresos suficientes para pagar los costos periódicos por su uso y goce, así como también proporcionar los rendimientos que satisfagan la actividad del empresario y, por el otro lado, los pagos que realiza el empresario a la sociedad leasing, le garantizan a esta su sostenimiento en el sistema financiero, representando la colaboración entre empresarios por el beneficio mutuo que se obtiene por la ejecución del contrato.

Es importante tener presente que es un contrato nominado, toda vez que el Decreto 913 de 1993 en su artículo segundo se refiere a ésta figura como contrato de arrendamiento financiero.

Finalmente, se trata de un contrato atípico, por no estar suficientemente reglamentado en la normatividad colombiana, tal como lo explicamos en el capítulo anterior.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 22

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia destaca lo siguiente:

en el cuerpo de una misma convención puede haber la combinación de diferentes tipos de contratos o prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos. Tal combinación puede ofrecer estas tres formas: 1) unión de contratos, que puede ser simplemente externa con dependencia unilateral o bilateral o alternativa; 2) contratos mixtos, que pueden ser generales, mixtos en estricto sentido o de doble tipo, y 3) contratos típicos con presentaciones de otra especie, que se caracterizan a veces porque en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo (Corte Suprema de Justicia, 1941).

De las anteriores características, llama la atención el hecho de que el contrato de leasing financiero sea un contrato atípico, pero a su vez nominado, lo cual confirma la tesis de que no todo contrato atípico es innominado y viceversa, situación que se evidencia en la figura objeto de análisis.

3.3. ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO

Previo a ingresar en el análisis de la figura jurídica del leasing, es preciso indicar algo que es reiterativo, pero necesario en la

doctrina que escribe sobre la materia. Esto consiste en entender de entrada que el significado del verbo *to lease*, de donde proviene la expresión leasing, no explica la realidad de la naturaleza jurídica de esta novedosa forma contractual, pues ésta solo se traduce como tomar o dar en arrendamiento y, como se verá posteriormente, este contrato es mucho más complejo que un simple contrato de arrendamiento.

De acuerdo con Rodríguez (1985), el origen del leasing podemos ubicarlo en un contexto básicamente financiero y en el desarrollo de actividades industriales, en donde el dueño de sus recursos los puede utilizar para adquirir bienes que puede ponerlos a producir en manos de un empresario bajo la figura, inicialmente, del arrendamiento, pero ofreciendo ciertas ventajas bajo novedosas condiciones, entre ellas que el empresario no necesita realizar una gran inversión inicial para adquirir el producto.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 22

4. EL LEASING FINANCIERO FRENTE

A OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES

Corresponde ahora estudiar las tres posturas que intentan identificar cuál es la naturaleza jurídica del contrato de leasing financiero, las cuales se encargan de describir la problemática sobre si el leasing financiero es un contrato típico suficientemente reglamentado por el legislador, los que consideran que es un contrato típico, pero porque encaja en otro tipo contractual preexistente dadas sus características y finalmente, quienes consideran que es una figura atípica así el Legislador se haya ocupado de nombrarlo y describir la operación.

4.1. EL LEASING FINANCIERO COMO CONTRATO TÍPICO, INDIVIDUAL Y AUTÓNOMO

En este aparte del trabajo, se relacionan las tres principales características del leasing financiero, teniendo como referentes una serie de fundamentos normativos y doctrinales que se han gestado sobre los mismos.

En esta postura, básicamente podemos ubicar a la Federación Colombiana de Compañías de Leasing, FEDELEASING, que sostiene “Fedeleasing acoge la posición de que el leasing es un contrato típico” (2010, p. 19) y más adelante señala que “tiene su propia naturaleza y no puede ser calificado o asimilado a otros tipos contractuales. Es un contrato de leasing” (Fedesleasing, 2010, p. 19).

FEDELEASING acoge esta postura basado fundamentalmente en el Decreto 913 de 1993, quien definió el leasing financiero en su artículo segundo con base en las costumbres y prácticas mercantiles vigentes al momento de la expedición del mismo así:

entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra (Fedeleasing, 2010, p. 11).

Además de esto, el Decreto 2555 de 2010 le agregó a la anterior definición un segundo párrafo así:

En consecuencia el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad (Decreto 2555/10).

En general, cuando una figura, en este caso un contrato de leasing financiero, no cuenta con tipicidad legal ni social, debido a una excepcional disposición de intereses, siendo por ello desconocida por la ley, la jurisprudencia o la costumbre, se estará, indudablemente, en frente de un contrato netamente atípico.

4.2. EL LEASING FINANCIERO ASIMILADO A OTROS CONTRATOS

Dentro de esta categoría, también podemos encontrar posiciones que sostienen que el leasing financiero, a pesar de tener componentes de dos o más contratos, se puede encasillar en uno ya existente en virtud de la interpretación que se hace tanto de la definición del contrato como de la descripción de la operación.

Así entonces, en la doctrina se ha asimilado al contrato leasing financiero con otras figuras, como es el caso de la venta a plazo; al respecto, Salcedo (1989) cita esta figura jurídica con la que se ha equiparado al contrato de leasing financiero, la cual goza de los mismos elementos de cualquier contrato de compraventa, solo que sometida a plazo, esto es, a la obligación de pagar el precio en la periodicidad determinada en el contrato, más no de un solo contado, con el efecto inmediato de que se le transfiere el dominio de la cosa al comprador.

Se puede decir que esta figura tiene algunas diferencias básicas con el contrato de leasing financiero, pues éste no tiene la única finalidad de transferir la propiedad del bien dado en leasing, pues independientemente de que el traspaso del bien al final del contrato sea la consecuencia regular, esta no es la única, pues puede optar por continuar el arrendamiento o devolver el bien.

Por otro lado, frente a esta figura de la venta a plazo y el leasing, la primera transfiere de inmediato la propiedad sobre el bien al inicio del contrato, mientras que en la

segunda solo se transfiere el uso y el goce a cambio del pago de cánones que solo se entiende que amortizan la deuda al momento de ejercer la opción de compra.

De otra parte, también se ha asimilado el leasing financiero con la venta con plazo para el pago del precio y con reserva de dominio. Para Eduardo Cifuentes Muñoz, citado por Bonivento (2005), los elementos estructurales y funcionales del contrato de leasing corresponden con asombrosa nitidez a la venta con plazo para el pago del precio y con reserva de dominio consagrada en el artículo 952 y siguientes del Código de Comercio que señala:

El vendedor podrá reservarse el dominio de la cosa vendida, mueble o inmueble, hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. El comprador sólo adquirirá la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio, cuando éste deba pagarse por instalamentos; pero tendrá derecho al reembolso de la parte pagada, como se dispone en los artículos 948 y 949 en caso de que el vendedor obtenga la restitución de la cosa. Los riesgos de ésta pesarán sobre el comprador a partir de su entrega material (Código de Comercio, art. 952).

Si bien la similitud entre esta figura y el contrato de leasing financiero parece

evidente si se considera que la compra del bien es la consecuencia normal del contrato, podemos encontrar una diferencia fundamental en la voluntad de las partes en uno y otro caso, o por lo menos en la intención de la compañía de leasing al contratar, para la cual esta modalidad de compraventa sometida a condición suspensiva no ofrece suficientes garantías comerciales, pues en caso de incumplimiento del comprador la compañía puede solicitar la restitución de la cosa, pero, en detrimento de sus intereses comerciales tendrá que rembolsarle al comprador lo que haya cancelado del precio de este por disposición del artículo 948 ejúsdem, solo descontando el valor de la indemnización o pena que se haya estipulado, mientras que en el contrato de leasing financiero no opera tal devolución, pues se entiende que el locatario ha estado cancelando el precio por la tenencia de la cosa en virtud de la cual se le concedió el uso y el goce del bien durante la ejecución del contrato y solo se entiende que amortiza la deuda al momento de ejercer la opción de compra.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 22

De igual modo, se ha relacionado el leasing financiero con el contrato de arrendamiento. Esta figura jurídica es definida por el artículo 1973 del Código Civil, el cual señala:

El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado (Código Civil, art. 1973).

Algunos autores consideran que es la figura del arrendamiento con algunas cláusulas especiales a la cual se asemeja el leasing financiero, quizá porque en el desarrollo de su operación ésta se asimila a un contrato de locación, pues inicialmente lo que la sociedad leasing transfiere solo es el uso y el goce de la cosa, por ejemplo, Rodríguez (1985) señala:

De todo lo expuesto nos inclinamos por la tesis más sencilla pero más comprensible, según la cual el leasing implica la celebración de un contrato de alquiler o arrendamiento con promesa unilateral de venta, que confiere al usuario la opción de adquirir los bienes al

vencimiento de plazo inicialmente convenido (...) (p. 704).

También se ha equiparado el leasing financiero con el contrato de renting: este tipo de contratos es definido de la siguiente manera por una de las principales empresas en Colombia que desarrolla esta clase de negocios mercantiles:

El Renting es un servicio mediante el cual una compañía puede tomar en arrendamiento un vehículo por un tiempo determinado y disfrutarlo como si fuera de su propiedad con total autonomía y control. Incluye un paquete de servicios dependiendo de las necesidades de la empresa y las características de su operación. El canon de arrendamiento se define según diferentes variables como el tipo de vehículo y sus correspondientes accesorios, el uso que se le dará, la zona de ubicación, el kilometraje a recorrer y el plazo del contrato (Rodríguez, 1985, p. 704).

Otra relación del leasing financiero es con la cesión del usufructo, ya que esta figura es citada por el Arrubla Paucar (2006) y su definición viene dada por el artículo 823 del Código Civil, que señala:

El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 22

igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible (Código Civil, art. 823).

Podría afirmarse por quien sostenga la postura de que el leasing financiero es en realidad una cesión de usufructo, que en cabeza de la sociedad leasing existe una nuda propiedad con base en el artículo 669 ejúsdem, y que el locatario viene siendo el usufructuario, pero, encontramos la diferencia fundamental con el leasing financiero, en que en este último, llegada la fecha límite de duración del contrato, el locatario puede hacerse con la propiedad de la cosa y adquirir el derecho de dominio sobre el bien, cosa que no puede ocurrir en el usufructo.

Además de ha equiparado el leasing financiero con el contrato de comodato, figura citada igualmente por el Doctor Arrubla Paucar (2006), la cual es definida por el artículo 2200 ejúsdem que señala:

El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso (Código Civil, art. 2200).

Por último, se le ha identificado como contrato mixto. Tal como lo plantea Champaud, citado por Arrubla (2006), en el contrato de leasing se presentan cinco relaciones jurídicas: a) Promesa de arriendo, b) mandato, c) arrendamiento de cosas, d) promesa unilateral de venta y e) eventualmente una venta.

Con esto se busca predicar del contrato de leasing que es un negocio jurídico complejo y que su interpretación se debe dar según el tipo de contrato que se esté desarrollando en un momento específico de su ejecución.

4.3. EL LEASING FINANCIERO COMO CONTRATO ATÍPICO

Para el desarrollo de este aparte, se trae a colación dos citas con una brevedad suficientemente ilustrativas para dimensionar la discusión:

Nos parece que la mejor concepción del leasing, la encontramos predicando su atipicidad. De esta manera sabremos a qué atenernos para encontrar su justa regulación.

Es cierto que goza de semejanzas con muchas figuras típicas, especialmente el

arrendamiento; pero la función económica que cumple la figura, la finalidad buscada por los contratantes y sus especiales características, nos permiten señalar que se trata de un contrato autónomo, complejo y atípico, el cual sirve de apoyo a una operación financiera (Arrubla, 2006, p. 120).

Mientras tanto, apoyando esta postura, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 13 de diciembre de 2002, expediente 6462 señala:

Bajo este entendimiento, si el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo (...)

Es preferible respetar la peculiar arquitectura jurídica del apellido contrato de leasing, antes de distorsionarlo o eclipsarlo a través del encasillamiento en rígidos compartimentos contractuales típicos, se itera, facturados con una finalidad histórica enteramente divergente, propia de las necesidades de la época, muy distinta de las que motivaron, varias centurias después, el surgimiento de este lozano acuerdo negocial (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Tal como lo observamos en las citas traídas a colación, en este estudio también se

apoya la tesis de que el contrato de leasing financiero es un negocio jurídico atípico, independiente y autónomo, pues al ponerlo frente a las otras figuras jurídicas típicas con las cuales se le asimila o intenta encasillar, no fue posible dejar de hacerle elementales reparos a esas teorías, pues todas ellas atentaban contra aspectos fundamentales del contrato de leasing financiero, desdibujándolo o atentando contra su unidad e inclusive tornando ineficaz la voluntad de las partes al contratar.

Ahora, pese a la definición del contrato de arrendamiento financiero que trae el decreto 913 de 1993 en su artículo 2, nos permitimos hacer nuevamente una cita de la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil que anteriormente se trajo a colación, la cual señaló que al no encontrarse regulado en la ley, es necesario tomar como referente la regla general; dicha corporación establece lo siguiente:

El leasing es un negocio jurídico atípico, así el decreto aludido, ciertamente, le haya conferido una denominación (nomen juris) y se haya ocupado de describir la operación misma, pues la atipicidad no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel

(sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características, como tampoco por la calificación que -expressis verbis- le otorguen las partes, si se tiene en cuenta que, de antiguo, los contratos se consideran preferentemente por el contenido -prisma cualitativo- que por su nombre (contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur) (C.S.J., Exp. 6462).

Así las cosas, al concluir que el contrato de leasing financiero es un negocio jurídico atípico, independiente y autónomo, habrá entonces que acudir a la categoría anteriormente propuesta que intenta develar la forma en la que se disciplinan los negocios jurídicos atípicos en materia comercial dado que ya se concluyó en un análisis comparativo con otras figuras, que no es posible aplicarle el régimen jurídico de contratos preexistentes a la figura del leasing financiero.

5. CONCLUSIONES

La importancia de abordar desde la óptica jurídica la figura del leasing financiero radica en que éste se constituye en una fuente alternativa para financiar activos fijos generadores de renta que una persona natural

o una empresa necesita. Precisamente, mediante este contrato de arrendamiento financiero, una entidad entrega unos activos para su uso, a cambio del pago de un canon periódico durante un plazo establecido. Al finalizar el contrato, se tiene derecho a adquirir el activo por un porcentaje pactado desde el inicio de la operación, denominado opción de compra.

De igual forma, al realizar un análisis de los aspectos esenciales del contrato de leasing, se pudo establecer que se trata de una figura que a menudo se suele confundir con otros formatos contractuales, sin llegar a quedar claras las diferencias entre ellas y cuándo son más favorables apostar por una u otra. Los elementos diferenciales entre el leasing y demás figuras análogas, más allá de sus propias características, hay que buscarlas en su finalidad; así, mientras el leasing es una forma de arrendamiento financiero de un producto, con opción de compra, en el caso del renting se trata de un modo de arrendamiento empresarial mediante el cual una entidad alquila un bien para su uso durante un periodo de tiempo determinado. Sin embargo, como quedó en evidencia,

existen elementos específicos de cada figura contractual que determinan de manera más clara y profunda sus diferencias.

En el presente artículo se pudo dar una mirada a la forma como se interpretan los contratos, haciendo énfasis en los mercantiles, a la clasificación de los mismos, realizando para ello un especial acercamiento a la figura del leasing financiero, la descripción de su operación, sus características y a las figuras jurídicas típicas con las cuales se le ha querido comparar e inclusive encasillar, notando en el transcurso del análisis que el leasing financiero no es comparable con ninguna otra figura jurídica típica existente en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual nos conlleva a decir también, que éste, el contrato de leasing financiero, tiene su propia naturaleza jurídica independiente de las demás.

El leasing debe ser considerado, por tanto, como un contrato autónomo, observando además que sobre el mismo no existe regulación suficiente en nuestro sistema normativo, de donde se desprende su atipicidad pese a estar nominado, cuya

consecuencia será que habrá entonces que acudir a las pautas propias que gobiernan el régimen jurídico de los contratos atípicos en materia de derecho mercantil para entender cómo se disciplina esta figura contractual, pues se estableció ya que la norma positiva al respecto no regula suficientemente este novedoso negocio mercantil.

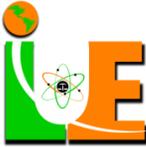
Lo establecido en este escrito lleva a concluir que no debe haber preocupación por regular o encuadrar el contrato de leasing. Basta con las reglas y criterios que actualmente se utilizan para interpretar un contrato atípico o uno innominado. El afán de encuadrar en normas la autonomía de la voluntad, solo lleva a generar pronunciamientos judiciales, que si se estipulara que estos fueran en conciencia, muy probablemente serían en favor del condenado en derecho.

REFERENCIAS

- Arrubla P., J. (2006). *Contratos Mercantiles. Tomo III. Contratos Atípicos*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- Asociación Bancaria de Colombia. (1981). *Manual del leasing*. Bogotá: G. M. Gráficas.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 22

- Bonivento F., J. (2005). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Camacho L., M. (2005). Régimen Jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-34.
- Castello T., E. (1989). *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*. España: Instituto de contabilidad y auditoría de cuentas.
- Chulia V., E.; & Beltrán A., T. (1999). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: José María Bosch.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 35*, Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1999). *Ley 510*, Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). *Ley 1328*, Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2002). *Sentencia del 13 de diciembre, expediente 6462*. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1941). *Sentencia del 25 de marzo de 1941*. Magistrado Ponente: Jorge Restrepo Urrea.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1946). *Sentencia del 3 de junio de 1946*. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.
- Durán B., E. (2004). *El contrato de leasing financiero en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Federación Colombiana de Compañías de Leasing – Fedeleasing. (2010). *Manual jurídico del leasing*. Bogotá: Alvear Editor.
- Federación Colombiana de Compañías de Leasing. Fedeleasing (1994). *Decreto 1799*, Bogotá: Fedeleasing.
- Peña N., L. (2010). *Contratos mercantiles. Nacionales e internacionales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Presidencia de la República de Colombia. (1993). *Decreto 913*, Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2004). *Decreto 1787*, Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Rodríguez A., S. (1985). *Contratos bancarios*. Bogotá: Biblioteca Felabán.
- Salcedo F., Á. (1989). *El leasing y los contratos nominados*. Bogotá: Librería jurídica Wilches.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 22

Suescún M., J. (2003). *Derecho privado. Estudio de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2010). *Concepto 2010027830 – 002*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia (2010): *Decreto 255*, Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (1996). *Circular Básica Jurídica, C.E. 007*. Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.

CURRICULUM VITAE

Paula Andrea Osorio Castro: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado de Contratos atípicos y coautora del presente artículo.

Paula Andrea Pérez Restrepo: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado de Contratos atípicos y coautora del presente artículo.

León Andrés Montoya Morelo: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, asistente al diplomado de Contratos atípicos y coautor del presente artículo.