

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**CONTRATO DE LEASING Y CLÁUSULAS ABUSIVAS, ESTUDIO DE SU
INTERRELACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO**

:
GINNA ALEJANDRA MARTÍNEZ CAMARGO
MARTHA ALIDA DE LEON NOVOA

Monografía para optar al título de Abogado

Docente Investigador
JUAN CARLOS VILLALBA CUELLAR
Abogado

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD, DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES
BOGOTÁ
2013**

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**CONTRATO DE LEASING Y CLÁUSULAS ABUSIVAS, ESTUDIO DE SU
INTERRELACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO**

·
**GINNA ALEJANDRA MARTÍNEZ CAMARGO
MARTHA ALIDA DE LEON NOVOA**

Monografía para optar al título de Abogado

Docente Investigador
JUAN CARLOS VILLALBA CUELLAR
Abogado

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD, DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES
BOGOTÁ
2013**

INDICE

TEMA	PAG
1. INTRODUCCION	5
2. DE LOS CONTRATOS DE <i>LEASING</i>	6
2.1 EVOLUCION HISTORICA	6
2.2 CONCEPTOS DE <i>LEASING</i>	9
3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE <i>LEASING</i>	13
3.1 OBLIGACIONES DE LA <i>LEASING</i> .	13
3.2 OBLIGACIONES DEL LOCATARIO	14
4. NATURALEZA JURIDICA	15
4.1 TEORIA DE LA COMPRAVENTA	15
4.2 TEORIA DE ARRENDAMIENTO	15
4.3 TEORIA DEL MANDATO	15
4.4 TEORIA DEL DEPÓSITO	16
4.5 TEORIA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS	16
4.6 TEORIA DE CONTRATO INOMINADO.	17
5. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE <i>LEASING</i>	19
5.1 SUJETOS	19
5.2 OBJETO DE LA PRESTACIÓN	19
5.3 DURACIÓN DEL CONTRATO	19
6. CLASES DE <i>LEASING</i>	21

6.1	LEASING OPERATIVO	21
6.2	LEASING FINANCIERO.	21
6.3	LEASING BACK	22
6.4	LEASING BROKER	22
7.	MODALIDADES DE LEASING	23
7.1	LEASING INMOBILIARIO	23
7.2	LEASING MOBILIARIO	23
8.	CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	24
9.	EL LEASING- FRENTE EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR	26
10.	CLÁUSULAS ABUSIVAS	29
10.1	ANTECEDENTES	29
10.2	ORIGEN DE LAS CLAULAS ABUSIVAS	30
10.3	CONCEPTO DE CLAUSULA ABUSIVA.	31
10.4	DERECHO COMPARADO	32
10.5	CRITERIOS PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD SIGNIFICATIVO	36
10.6	EL RIESGO DE ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE LEASING	38
11.	CLAUSULASABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO	39
12.	NORMAS REGULATORIAS DE CLAUSULAS ABUSIVAS	42
13.	CLAUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.	43
14.	ANALISIS JURISPRUDENCIAL	45
15.	ANALISIS CLAUSULADOS DE LOS CONTATOS DE LEASING	53
16.	CONCLUSION	66

INTRODUCCION

El contrato de *leasing* es un contrato mercantil que ofrece hoy en día gran utilidad en la vida de los negocios. Su finalidad económica responde a una amplia gama de necesidades de los comerciantes ofreciendo ventajas que lo han posicionado como una modalidad contractual de uso frecuente, hasta tal punto que su modo de contratación se ha estandarizado. La gran variedad de modalidades de *leasing* han influido igualmente en el éxito de esta modalidad negocial. No obstante, la práctica de este contrato evidencia que una de las partes en el mismo, la *leasing*, no pocas veces tiene una posición de dominio frente a la otra. Esta posición aumenta el riesgo de abusividad en el mismo contrato y pone de manifiesto la necesidad de intervención del Estado para establecer mecanismos claros de protección. El presente trabajo busca desarrollar en primer lugar algunos aspectos generales del contrato de *leasing*, tales como su concepto, características, evolución, obligaciones de las partes, con la finalidad de identificar los alcances de este contrato. En esta primera parte del trabajo se evidenciará por lo tanto una investigación de revisión, que busque sentar un estado del arte acudiendo a la mayor cantidad de fuentes disponibles. En segunda medida, este trabajo pretende abordar el tema de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano, partiendo de su reciente regulación en nuestro contexto, buscando identificar las principales características de este régimen de control contractual. En ese orden de ideas para desarrollar este segundo aspecto se analizará qué es una cláusula abusiva, en qué escenarios las encontramos, y la protección al consumidor frente a las mismas. Igualmente se analizarán los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia en Colombia. Finalmente, y para darle un enfoque práctico a esta parte de la investigación se analizaron varios formatos de contratos de *leasing* para analizar el contenido de sus cláusulas y determinar cuáles de ellas tiene riesgo de abusividad.

1. DE LOS CONTRATOS DE LEASING

1.1 EVOLUCION HISTORICA

El tratadista TRELLES ARAUJO afirman que el concepto de leasing no es nuevo, ; lo que sí es nuevo es el perfeccionamiento y sofisticación que han acompañado al mismo¹; al cambiar las costumbres del sector empresarial teniendo sus inicios entre las comunidades antiguas como los Sumerios, los Griegos, los Egipcios, los Romanos, quienes basaban la explotación de la tierra en la posibilidad de ceder el uso del suelo para que lo cultivarán.²

También se remonta su historia a un contrato de arrendamiento desde hace tres mil años mil años a.c. (Mesopotámica), con pruebas de que los sumerios utilizaban una forma de arrendamiento con implementos agrícolas y herramientas tradicionales. Cediendo el uso de sus terrenos a cambio de un canon; como lo explica MATEECHA, al encontrar las diferencias y similitudes entre las convenciones y los contratos de funcionamiento en Lima - Perú³ Asimismo atribuyen sus orígenes al código de Hammurabi, para los cual citan disposiciones que básicamente hacen alusión a la explotación del suelo a través de la agricultura.

Una de las primeras leyes referentes al arrendamiento fue el Estatuto de Wales, en UK, escrito en 1284. El estatuto utilizo leyes existentes, sobre terrenos, como estructura jurídica para el arrendamiento de propiedades inamovibles como los equipos de agricultura. Con la llegada del ferrocarril a mediados del Siglo 19, empezaron a surgir pequeñas empresas que invertían su capital en vagones para carbón, los cuales se arrendaban a empresas mineras. A menudo estos contratos de arrendamiento otorgaban al arrendatario la opción de comprar el equipo cuando el plazo expiraba

Oscar Vega en su libro Derecho comercial y societario señala que el origen del *leasing* se dio con la revolución industrial la que trajo una serie de fenómenos que generaron la alternativa para las compañías y productores de entregar en arrendamiento el uso de maquinaria o equipos que al correr del tiempo permitieron la aparición y estructuración del *leasing* financiero⁴.

¹TRELLES ARAUJO, Gustavo ,El Lesing, Antecedente Historicos, Origenes Primitivos, Madrid España, Pag 3

³ MAEECHA, José Luis, Contratos Especiales,Lima-Peru-2009, Pág. 8 de 45

⁴. VEGA GARCIA, Oscar, Derecho Comercial y Societario, librería Ediciones del profesional, Capitulo 10, Pág. 14,15

Contemporáneamente, fue en el siglo pasado cuando el *leasing* se constituyó en una verdadera operación financiera conjugando la aparición de sus elementos esenciales, al finalizar el término del contrato, de continuar con el arrendamiento, restituir el bien o lo más importante con posibilidad de adquirirla o comprarla posteriormente. Fue por esta época cuando precisamente se crearon en los Estados Unidos las primeras compañías especialistas del *leasing*.⁵ El origen de este contrato es anglosajón y su nombre deriva de la expresión *to lease* que significa tomar o dar en arrendamiento. Se destaca por la doctrina que el *leasing* se ubica en la normatividad norteamericana dentro de la categoría más amplia del *lease intended as security*, siendo fundamentales en el concepto de *leasing* la conservación de la propiedad por parte del dador y el otorgamiento de la opción de compra, aunque se admiten modalidades sin este último elemento.⁶

En Colombia desde el año de 1972 se creó la primera compañía que celebró contratos de *leasing* en Colombia, la cual era una filial de Citi Bank denominada Citycol y solo llevó a cabo unas pocas operaciones. Posteriormente en 1975 se creó la primera sociedad cuyo objeto social exclusivo lo constituía esta actividad, completamente desconocida para Colombia en la década de los setenta, y para entonces se dio inicio en Colombia a la actividad de *leasing*.

Las compañías de *leasing* tenían como objeto principal la adquisición de maquinaria y equipos para que fueran explotados por terceros que contaban con ellos para surtiesen de fondos con los cuales hacían una intermediación, no propiamente de dinero pero desde luego financiera reconocida como crédito institucional, donde se encontraban préstamos directos cuyos plazos y tasas estaban casi en absoluta libertad de pactar con cada uno de los clientes, por eso comenzaban a manejarse tasas de interés extra bancaria que eran mucho más atractivas que la del sector institucional.

En el año de 1979 se dictó en nuestro país la primera disposición legal sobre el *leasing* por medio del decreto 148 del 30 de enero del mismo año, mediante la cual se autorizó a las corporaciones financieras a adquirir y mantener acciones en sociedades anónimas cuyo objeto social exclusivo fuese realizar operaciones de *leasing*.

La segunda disposición legal se expidió en el mes de agosto del año de 1981 y mediante ella se ordenó a la Superintendencia de Sociedades ejercer inspección y vigilancia sobre las sociedades comerciales en cuyo objeto se contemple como actividad principal operaciones *leasing*.

⁵TRELLES ARAUJO, Gustavo, Instrumentos, Inversiones y Riesgos Financieros, Revista Century, Lima-Peru-2003, Pág. 2-5.

⁶OLIVERA GARCÍA, Ricardo, El *leasing* Análisis de su Régimen Jurídico, Ediciones Jurídicas Amalio Fernandez, Montevideo, 1985, pág, 21 y 22.

En 1982 la Superintendencia de Sociedades había otorgado permisos provisionales y definitivos que contemplaban dentro de su objeto principal la prestación de este nuevo servicio financiero.

El ejecutivo dictó el decreto 2920 de 1982 para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano. A partir de la mencionada disposición las compañías de *leasing* perdieron por mandato de la ley un instrumento básico para llevar a cabo su objeto social y de esta manera perdieron la posibilidad de captar fondos del público, para prestar el servicio de intermediación financiera que constituían su actividad exclusiva.

Antes del 8 de octubre de 1982 la intermediación del dinero solamente la podían hacer los intermediarios financieros autorizados y vigilados por la Superintendencia Bancaria, pero era libre de captación de fondos para ser utilizada por el deudor en actividades distintas de su colocación en el público, y solo tenían que cumplir con las disposiciones legales del contrato de mutuo, el cual está definido en el artículo 2221, del Código Civil Colombiano en su artículo 2221 se define como: *El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad*⁷

Luego el ejecutivo tuvo las consideraciones necesarias para decretar la emergencia económica, unidas al hecho de que algunas compañías de *leasing* al igual muchas más intermediarias financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hubieran destinado parte de sus fondos a falsas operaciones, explicando pero no justificando la provisión que de manera convergente consagró la ley, por tal razón no fue fácil para el sector acomodar su estructura financiera a un cambio tan drástico en las condiciones de su operación, sabiendo que se tiene en cuenta que todo el sector institucional empezó a tener dificultades en la captación de fondos y temores inmenso en la colocación de los créditos.

Consciente de la necesidad de unir esfuerzos podemos interpretar la frase de Aristóteles que dijo la verdadera riqueza no está en la posesión de bienes, sino en el derecho de usarlos *Commercial Finance & leasing Bank of Cardiff* Lo que quiere decir que una empresa no tiene que ser la propietaria de sus propios recursos para obtener el beneficio de los mismos, a menudo es suficiente adquirir el derecho a utilizar esta propiedad durante un periodo determinado, para obtener unos frutos. Lo que ahora modernamente se denomina *leasing*, que se encuentra estudiado y reconocido en Colombia por la federación Colombia de empresas de *leasing* FEDELEASING para unificar criterios y difundir las ventajas de la actividad teniendo en cuenta la reactivación económica y a la generación de nuevos empleos en Colombia⁸.

⁷ Código Civil Colombiano, Artículo 2221, Editorial Legis, Año 2005 Pág. 343

⁸<http://www.fedeleasing.org.co/constitucion.htm>

1.2 CONCEPTOS DE *LEASING*

De acuerdo a la teoría moderna, el *leasing* es un acto jurídico pluripersonal, de tipo contractual, bilateral, oneroso, principal, consensual, la solemnidad depende del tipo de bien objeto del contrato, de tracto sucesivo y generalmente sus cláusulas son por adhesión.

Se distinguen claramente de dos figuras contractuales tradicionales, como es el arrendamiento y la compraventa, razón por la cual se considera un contrato atípico, donde una de las partes llamado dador entrega una cosa a solicitud de la otra parte llamada tomador, en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, contra el pago de unos cánones mensuales y con una proyección en tiempo para hacer la devolución o compra definitiva del bien objeto del contrato⁹.

En consecuencia, se puede decir que el bien objeto de este contrato es escogido y solicitado por el tomador, de acuerdo a las características y necesidades que este requiere, mientras que el dador se encarga de poner el capital y adquirir el bien para ponerlo al servicio del tomador.

Según el concepto adoptado por la ASOCIACION ESPAÑOLA DE *LEASING*: encontramos que es una moderna fórmula de financiación, que permite al empresario y al profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios, mediante el pago de un alquiler, con la posibilidad de adquirir su propiedad por un precio establecido de antemano¹⁰.

Se trata de contrato atípico surgido en el seno de la sociedad capitalista y una de sus características principales consiste en que se adquiere a petición de un cliente determinado, bienes que se le entregan a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el arrendatario, al vencimiento del plazo y de continuar con el contrato, o adquirir los bienes en su poder.¹¹

Esta especial característica hace reconocer al *leasing* como contrato mercantil, que se toma como un servicio de financiación con garantía del propio material objeto del mismo, y en el cual el beneficiario es el representante de la sociedad financiera.

Por eso los tipos de contratantes que intervienen en este contrato distribuyen sus obligaciones en parte el uso y disfrute de la misma, mediante un precio fijado que debe responder al valor residual presumible de dicho bien.¹²

⁹MADRIÑAN DE LA TORRE, Santiago, *El leasing en Colombia*, Montoya & Araujo, Bogotá D.C. ,1986, Colección III-Folletos, Pág. 48-60

¹⁰GHESTIN & MARCHESSAUX, Asociación Española de *leasing*, Salamanca-España, 1991, Pág. 65.

¹¹VIDAL BLANCO, Carlos, *El leasing innovación en la Técnica de la Financiación*, Tesis de Grado Universidad Complutense, Madrid España, 1993, Pág. 56.

¹²BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, *Los principales Contratos Civiles y Comerciales Tomo II*, librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá D.C., 2008, Pág. 426.

Para Barreira se denomina *leasing* el negocio jurídico en virtud del cual una persona denominada entidad de *leasing*, se obliga a transferir a otra denominada locatario, la tenencia y el disfrute pacífico de uno o más bienes determinados, por el tiempo convenido y a cambio de un precio en dinero, con la opción del locatario de adquirir el derecho de propiedad sobre los bienes a la expiración del plazo pactado mediante el pago otra suma determinada en dinero¹³.

A su vez Rodríguez Azuero lo define como: Aquel por virtud del cual una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente, determinados bienes que le entrega a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el arrendatario, al vencimiento del plazo, de continuar el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en su poder¹⁴

Finalmente encontramos que para definir esta moderna fórmula de financiación que permite al empresario y al profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios, mediante el pago de un canon. Se reconoce como un contrato *sui generis* que corresponde una coyuntura económica en que se ha hecho necesario lograr la mejores condiciones de modernización del sector empresario, ante el desafío que impone el progreso tecnológico, para prestar una valor económico al servicio de la producción y el comercio.¹⁵

De acuerdo a la teoría moderna de los contratos, podemos describir el contrato de leasing con las siguientes características:

1°- Es un contrato bilateral; ya que esta dado entre la empresa de leasing y el usuario del leasing, donde hay un acuerdo de voluntades destinado a generar derechos y obligaciones entre las partes:

En éste contrato, el tomador se obliga a pagar los cánones en forma periódica, a utilizar, mantener, conservar y restituir debidamente la cosa objeto del contrato, mientras que la Sociedad de leasing, se obliga a adquirir el equipo del proveedor, a cederle el uso y goce pacífico del objeto dado en leasing.

2°- Es un contrato plurilateral porque hay un tercero llamado proveedor, quién no es parte del acto jurídico, pero quien si es considerado irrelevante pues es quien se obliga a entregar y garantizar la cosa e igualmente a responder por los vicios ocultos que en algún momento llegará a tener la cosa objeto del contrato.

¹³BARREIRA, Eduardo Delfino, *leasing Aspectos Jurídicos; Contables; Impositivos y Operativos*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, Argentina D.C. 1999, Pág 64.

¹⁴RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*, Legis, Bogotá, 2009, pág. 679.

¹⁵<http://www.fedeleasing.org.co/constitucion.htm>

3°- Es oneroso; pues genera utilidad y beneficio para ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro.¹⁶

La empresa de leasing adquiere el bien objeto del contrato para entregarlo al locatario para su uso a cambio de unos cánones periódicos y finalmente con la opción de venta, mientras que el locatario hace uso del bien para beneficio propio ya sea para cubrir necesidades personales o explotarlo industrial y comercialmente.

4°- Es conmutativo; porque una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.¹⁷

La empresa de leasing da el bien objeto del contrato al locatario en arrendamiento por un periodo de tiempo irrevocable; el precio y el plazo de este contrato se determinan de acuerdo a los factores de índole fiscal, financiero y técnico.

Una vez agotado el término del contrato el locatario podrá devolver el bien objeto del contrato o comprarlo teniendo en cuenta lo que ha pagado por el título de arrendamiento

5°- Es de tracto sucesivo; Porque las obligaciones de las partes se van cumpliendo periódicamente durante la vigencia del contrato. Las obligaciones de las partes se cumplen a cada instante, periódica y continuamente.

6°- Es principal; subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.¹⁸ a pesar que este contrato depende del contrato que la empresa de leasing hace con el proveedor este es un negocio jurídico distinto y apartado que no interfiere con el contrato de leasing.

7°- Es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento.¹⁹, el contrato de leasing se perfecciona con la sola voluntad de las partes, aunque una vez terminado el contrato de leasing, el Locatario puede optar por la opción de compra y si el objeto del contrato es un bien inmueble este último contrato sería solemne.

16. Código Civil Colombiano, Libro IV Título 1, Artículo 1497, Contrato Gratuito y Oneroso, Editorial Legis, Pág. 238

17 Código Civil Colombiano, Libro IV Título 1, Artículo 1498, Contrato Gratuito y Oneroso, Editorial Legis, Pág. 238

18 Código Civil Colombiano, Libro IV Título 1, Artículo 1499, Contrato Gratuito y Oneroso, Editorial Legis, Pág. 238

19 Código Civil Colombiano, Libro IV Título 1, Artículo 1500, Contrato Gratuito y Oneroso, Editorial Legis, Pág. 239

8°- Artículo 20 numeral 2; Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) N°2 La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendamiento de los mismos.²⁰

El contrato de leasing se trata de una intermediación con ánimo de lucro realizada por una empresa estable, organizada que se dedica a prestar este servicio financiero.

9°- Es un contrato de adhesión porque una libre discusión de las condiciones del contrato y de las cláusulas del mismo, es así como la empresa de leasing impone las condiciones y las cláusulas de forma tal que el locatario no pueda modificarlas y solamente tiene la opción de aceptarlas o rechazarlas sin discusión

²⁰ Código de Comercio Colombiano, Libro I, Título II, Art 20 Numeral 2, Editorial Temis Pág. 20

2. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE LEASING

La vida del contrato se desarrolla, por lo general, en tres fases principales: generación, perfección y consumación es decir, siguiendo la normal secuencia vivencial, el contrato tiene un momento inicial y un momento final (iter contractual). Los momentos de perfección y consumación son fundamentales, pues el primero significa que el contrato ya existe y, por ende, se ha comenzado a ejecutar las prestaciones en cumplimiento a sus obligaciones asumidas, y el segundo supone que las obligaciones contractuales, nacidas del contrato, se han extinguido por normal cumplimiento contractual²¹.

Las partes en el contrato de *leasing* se distinguen como la *leasing* (locador) y el locatario, más allá de que en el sector financiero se tome como operación de *leasing* la trilogía compuesta entre la *leasing*, el proveedor del bien y el locatario. Debe tenerse en cuenta que entre los dos primeros existe un contrato de compraventa y estos quedan unidos por tal contrato, mientras que entre la *leasing* y el locatario opera un contrato de arrendamiento con opción de compra denominado específicamente contrato de *leasing*.

2.1 OBLIGACIONES DE LA LEASING.

Atento a que la carga de entregar el bien objeto del contrato de *leasing* pesa sobre el vendedor, el locador ninguna responsabilidad asume por las demoras en la ejecución de tal prestación. Pero ello no significa que los cánones deban pagarse sin que medie o no entrega de la cosa, porque una cosa es desligarse de responsabilidad por los daños que pueda ocasionar el tardío cumplimiento del deber prometido y otra cosa bien distinta, es pretender fundar en esa estipulación el derecho a percibir el arriendo sin haber sido entregado el objeto debido.²²

Que se conserve la propiedad del bien con todos los atributos. Excepto la disposición de terceros.

1. Comprar los bienes al proveedor.
2. Entregar los bienes.
3. Garantizar el disfrute del bien y sus condiciones intrínsecas.

²¹TRELLES ARAUJO, Gustavo, Instrumentos, Inversiones y Riesgos Financieros, Revista Century, Lima-Peru-2003, Pág. 2-5.

²²UNIDROIT, La Convención sobre *leasing* financiero internacional, precisa en su artículo 2º como característica de este contrato, que es "...el arrendatario –el que- especifica el equipo y selecciona el proveedor, sin basarse en la destreza y criterio del arrendador", Ottawa, 28 de mayo de 1988.

2.2 OBLIGACIONES DEL LOCATARIO

Una comprensión basada en los principios de buena fe autoriza a concluir que el pago del canon previsto está condicionado a la disponibilidad de uso de la cosa y esta es su obligación mayor.

- Escoger los bienes objeto de *leasing*.
- Hacer debido uso del bien de acuerdo a lo que se estipule en el contrato.
- Efectuar el mantenimiento de los bienes.
- Efectuar el pago periódico de las cuotas o canon establecido.
- Contratar los seguros para proteger el bien.
- Devolver el bien al término del contrato. Salvo que se opte por la prórroga del contrato.²³

²³TRELLES ARAUJO, Gustavo, Instrumentos, Inversiones y Riesgos Financieros, Revista Century, Lima-Peru-2003, Pág. 15.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Una serie de teorías tratan de explicar la naturaleza jurídica de este contrato las cuales pueden ser:

3.1 TEORIA DE LA COMPRAVENTA

Se busca identificar el *leasing* financiero, con la compraventa aduciendo que en este contrato existe la identificación del bien, de la cosa, y la voluntad real de las partes de celebrar un contrato de compraventa a plazos. La diferencia la encontramos en el que la compraventa se busca transferir la propiedad del bien, mientras que en el *leasing* se busca transferir el uso.

Cuando se trata de compraventa a plazos, se produce la transferencia de la propiedad, desde el primer momento a diferencia del *leasing* en que la transferencia de la propiedad queda condicionada al ejercicio de una opción de compra²⁴.

3.2 TEORIA DE ARRENDAMIENTO

En el arrendamiento existe la obligación del arrendador de ceder el uso del bien al arrendatario a cambio de un canon convenido. No existe la posibilidad que el arrendatario se convierta en el propietario del bien esto no constituye materia del contrato²⁵.

Rodrigo Escobar²⁶ critica esta postura, considera al *leasing* fuera del marco jurídico del arrendamiento, afirma que si bien las formas poseen algunos elementos en común, el *leasing* enmarca elementos esenciales (término inicial y cláusula de opción de compra) el arrendamiento carece de los elementos citados; y de faltar estos, se desvirtúa el carácter canónico – financiero de la institución en colación.

3.3 TEORIA DEL MANDATO

Desde la perspectiva, de la Teoría General del Proceso se reconoce el mandato cuando el superior impone una voluntad sobre el inferior, en tanto

²⁴TRELLES ARAUJO, Gustavo, Instrumentos, Inversiones y Riesgos Financieros, Revista Century, Lima-Peru-2003, Pág. 16

²⁵LEIVA SAAVEDRA, José, El Contrato de *leasing*, Lima Perú, 1999 Pág. 80

²⁶ESCOBAR GIL, Rodrigo, "El Contrato de *leasing* Financiero, Editorial Temis, Bogotá 1984, Pág.99.

éste tiene un deber para con el primero. Así donde hay un mandato existe un deber relacionado como parte elemental de la norma jurídica. Luego en lo referente a la teoría se relaciona con un contrato de compraventa que celebra la empresa locadora con el proveedor donde arrendataria asume la calidad de mandatario y la empresa asume la calidad de mandante.²⁷

Otros tratadistas consideran que el mandante es la arrendataria y el mandatario la empresa locadora porque efectúa la compra del bien de acuerdo con las instrucciones impartidas por la primera. Consideramos que el *leasing* no es mandato, porque tienen fines distintos²⁸

3.4 TEORIA DEL DEPÓSITO

Olvidando, para algunos deliberadamente, la función estrictamente financiera del contrato de *leasing*, un sector minoritario de la doctrina ha pretendido explicar su naturaleza jurídica en base a las normas que disciplinan el contrato de depósito, pues consideran que la empresa de *leasing* entrega los bienes a la usuaria en tal calidad.

Igualmente, por responder a la finalidad misma del contrato, se excluye la posibilidad que la depositaria pueda hacer uso del bien y en efecto, hacer suyos los frutos y rentas por lo expuesto, hasta ahora consideramos incorrecta la calificación jurídica propuesta por este sector de minoría, pues es evidente que estamos ante dos instituciones que ingresan al campo del Derecho con distinta naturaleza y finalidad. Así, mientras el fin esencial, o característica principal, del depósito es el deber de custodiar conservar y restituir el bien; en el *leasing*, en cambio, junto a la finalidad financiera, se conjugan otras peculiaridades, como la transferencia de la propiedad, la disponibilidad económica del bien y la atribución de un derecho unilateral de opción de compra después de concluido el plazo contractual²⁹.

3.5 TEORIA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

Entre los autores alemanes que han dedicado algunas páginas al estudio del *leasing*, hay algunos que se inclinan a encuadrarlos dentro de la categoría de los negocios de gestión pues estiman que la empresa le *leasing* opera como agente de la empresa arrendataria para obtener el bien que ella desea, y una vez que lo consigue se lo financia, entregándole seguidamente para su uso y explotación. La denominación genérica de gestión de negocios regula, la gestión de negocios basada en un mandato y la gestión de negocios sin mandato³⁰.

Algunos rasgos característicos que tipifican la gestión de negocios: falta de toda obligación, legal o voluntaria, de asumir la gestión; ella se constituye por

²⁷ AUSTIN, John, Teoría del mandato, Teoría General del Derecho, Bogotá, 2010, Pág. 1 a la 3.

²⁸ MONTOYA ALBERTY, Ullisis, Derecho Comercial, Tomo I, Parte General, Lima Peru, 1997, Pág. 337

²⁹ M. PACHECO, Cañeiz, Naturaleza Jurídica del *leasing* inmobiliario. Reflexiones a la Luz de la ley Concursal, Revista de Derecho Mercantil, No. 255 Enero- Marzo, Bolivia, 2005, Pág. 83-110.

³⁰ V. MESSINEO, Francesco, Doctrina General del Contrato, EJEA, Traducción Tercera Edición Italiana, Tomo II, Buenos Aires, 1952, Pág. 396.

un acto unilateral de voluntad realizado con el convencimiento de gestionar un negocio ajeno y en interés ajeno. En efecto, no hay gestión de negocios si se tiene que realizar los actos por imperativo legal, o si se ha recibido encargo del interesado, pues en tales casos se tratará de una obligación legal o de un mandato, respectivamente.³¹

En segundo lugar, la intervención del gestor responde a una razón de índole altruista, esto es, velar por la defensa de un interés ajeno, en base al propósito de favorecer representado sin beneficio correlativo para el gestor, la gestión de negocios ajenos en la creencia que son propios, no quedan comprendidos dentro de esta figura jurídica.

Estos rasgos tipificantes nos permiten señalar que la gestión de negocios y el *leasing*, son dos instituciones que nacen y se desarrollan con finalidades diferentes. La primera es una institución extracontractual, pues nace de un acto unilateral de voluntad y viene motivada por un espíritu de caridad o benevolencia. El segundo, en cambio, es un típico contrato de financiación, pensado y estructurado para brindar a las empresas un canal de financiamiento alternativo o complementario a los tradicionales³².

3.6 TEORIA DE CONTRATO INNOMINADO

Dentro de la categoría general de los contratos innominados, se habla de innominados en sentido estricto (puros), los cuales poseen un contenido totalmente extraño a los tipos legales o a lo sumo algunos elementos son extraños, e innominados mixtos, estos últimos se presentan con elementos o características conocidas (legales) de otros contratos típicos o nominados en relaciones de coordinación o subordinación.³³

1. Un primer subgrupo considera que el *leasing* financiero es un contrato mixto integrado por dos contratos, no perdiendo su tipicidad: compraventa y arrendamiento, ejecutándose ambos complementariamente.³⁴
2. Mayoritariamente, se considera el *leasing* financiero como la fusión resultante de un arrendamiento con una opción de compra (promesa unilateral de venta).³⁵

³¹V. LINARES PRETÓN, Samuel, Historia del *leasing*, BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M, Buenos Aires, 1997, Pág. 29-30.

³²V. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, 3ª edición, Madrid España, 1978, Pág. 397.

³³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Civil, Sentencia del 3 de mayo de 2005 exp.1999-04421. y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Civil, Sentencia del 25 de julio de 2011 exp. 11001 3103 023 1997 24619

³⁴SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y SEGUROS, Circular NO B-1763-87 del 22 de Abril de 1987, Bogotá D.C. Pág. 23-29

³⁵LEY FINANCIERA Y DE FINANCIAMIENTO, Tramitación de *leasing* y su duración, Lima-Perú, del 24 de Enero de 1990. Art 3.

3. Otros lo consideran mixto, figurando en el mismo las características de los contratos de compraventa, arrendamiento y de una opción de compra..³⁶

Aunque la doctrina se muestra dividida en este aspecto, a nuestro modo de ver el contrato de *leasing* es un contrato innominado mixto, ya que no cumple con la totalidad de las características de un contrato típico pero sí con varias características de más de un contrato típico como es el arrendamiento.

El contrato de *leasing* tiene objetivos específicos es un modelo de financiación moderno, el cual se podría convertir en muy poco tiempo en el sistema financiero más utilizado a nivel mundial, siempre que se regule específicamente y se tengan claros modelos de protección al consumidor frente a este contrato.

³⁶Ver RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, op. cit. p. 683- 687.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE *LEASING*

4.1 SUJETOS.

a) La entidad de *leasing*.

Es la que actúa como intermediario; puede ser una sociedad especializada en operaciones de *leasing* o un banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito.

Las obligaciones de estas entidades, es la de adquirir los bienes objeto del contrato directamente del proveedor elegido por el cliente, luego entregar dichos bienes en arrendamiento y finalmente, en ejercicio de la opción de compra, a la decisión del cliente proceder a su venta por el precio estipulado en el contrato³⁷

b) El arrendatario o usuario

Es el cliente quien ha solicitado a la *leasing* la compra de determinados bienes necesarios para su actividad empresarial, que puede ser industrial, comercial, minero, agricultor entre otros. Debe tener facultades suficientes para celebrar el contrato, especialmente la de poder comprar bienes a favor de la empresa.

c) El proveedor.

Si bien es cierto que tiene una participación marginal, sin embargo muchas veces los Bancos prefieren incluirlo en el contrato, con el objeto de que asuman directamente las obligaciones que corresponden a la entrega del bien, su mantenimiento, garantías, capacitación, asesoría técnica, venta de repuestos y otros de tipo técnico.

4.2 OBJETO DE LA PRESTACIÓN

Pueden ser objeto de *leasing* los bienes muebles y los bienes inmuebles, de acuerdo a las categorías jurídicas tradicionales. Así podremos hablar de los alquileres de bienes muebles e inmuebles debidamente identificados o identificables. Otro de los requisitos del objeto es que el arrendatario tenga conocimiento del titular del bien.

4.3 DURACIÓN DEL CONTRATO

El contrato de *leasing* va a tener una duración por la vida útil del bien, la vida no va a ser igual para todos, eso va a depender del uso que se le dé, el plazo del contrato de arrendamiento financiero es fijado por las partes, a la que debemos agregar que está estimada al momento de la celebración del contrato.

³⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000.

En nuestro país, la Superintendencia de Bancaria, a través de la Circular N° B-1763-87 de 22 de Abril de 1987,³⁸ estableció que el plazo mínimo del contrato de arrendamiento financiero es de 3 años para bienes muebles y de 5 años para bienes inmuebles.

Debemos señalar que en materia de duración el Artículo 3° de la Ley peruana establece que las obligaciones y derechos de la locadora y de la arrendataria, y por lo tanto la vigencia del contrato, se inician desde el momento en que la locadora efectuó el desembolso total o parcial para la adquisición de los bienes específicos por la arrendataria o a partir de la entrega total o parcial de dichos bienes a la misma, lo que ocurra primero. Desde luego que esta norma no es imperativa, de modo que a nuestro entender cabe incluir en el contrato una cláusula distinta³⁹.

En conclusión se puede decir que el plazo de duración del contrato de *leasing*, está vinculado a tres factores:

- a.- La presunta vida útil del bien.
- b.- La tasa de amortización fiscal.
- c.- El proceso de refinación de la sociedad de *leasing*.

³⁸VELARDE, Tovar Jorge, Legislación Bancaria Colombiana, Sobre Operaciones de Arrendamiento Financiero, Tomo II, Lima Peru, 1993 Pág. 323

³⁹ORTEGA, Mauricio, Conferencia XIII Congreso de derecho Comercial.(Consejo Superior de la Judicatura, 2009)(Consejo Superior de la Judicatura, 2009)

5. CLASES DE LEASING

5.1 LEASING OPERATIVO

Esta modalidad de *leasing* tiene como peculiaridad la comercialización de bienes de fábrica, favoreciendo de esta manera a los propios productores y permite al usuario sustituir sus bienes para actualizar su tecnología.

Se caracteriza porque recae sobre bienes de gran demanda en el mercado, porque puede incluir servicios adicionales como la asistencia o el mantenimiento técnico y lo más importante generalmente no incluye la opción de compra a favor del locatario. Los plazos son cortos, la duración del contrato generalmente no coincide con el tiempo de vida útil del bien, además, al no contar con una opción de compra, el canon no hace parte integrante del precio.

5.2 LEASING FINANCIERO.

En esta modalidad podemos decir que prácticamente intervienen tres personas; en primer lugar, existe una sociedad especializada, quien por iniciativa del usuario adquiere un bien de manos del proveedor limitando que, el objeto y proveedor normalmente han sido elegidos previamente por el locatario; en el segundo lugar, un proveedor quien es la persona que procede a transferir el dominio del bien requerido a la sociedad de *leasing* y en tercer lugar, el locatario (usuario), quien es la persona que recibe el uso y goce del bien de manos de la sociedad de *leasing* pero a cambio de obliga a pagar un precio periódicamente, previamente convenido y durante un plazo, que fenecido permite al usuario hacer uso de una opción de compra, restituir el bien o en últimas, si lo desea, continuar con la tenencia, bajo los mismo parámetros.

Descrita la operación, se puede colegir, que en esta modalidad se puede distinguir en tres frases; la primera que tiene su soporte en un mandato, figura jurídica por la cual, el locatario da expresas indicaciones a la sociedad de *leasing* para adquirir un bien de manos de una determinada persona (proveedor), esta fase termina cuando la sociedad especializada adquiere el dominio de bienes objeto del contrato.

Finalizada la primera fase, surge otra, la cual da inicio cuando la sociedad de *leasing* traslada la tenencia del bien que ya figura en su patrimonio al usuario o locatario, pero permite el uso y goce. Pero esta tenencia no es gratuita, a cambio de la misma, el locatario se obliga, durante el tiempo acordado, a cancelar un precio o renta periódica a favor de la sociedad de *leasing*, dejando un valor residual al finalizar el plazo, en caso que decida hacer uso de la opción de compra establecida a su favor.

Seguidamente surge la fase final, la cual tiene su génesis cuando el locatario se ve enfrentado a varias alternativas a saber:

- Decide hacer uso de la opción de compra, en caso, debería cancelar el valor residual previamente establecido, surgiendo la obligación para la sociedad establecida de trasladar el derecho de dominio a favor del usuario.
- No se muestra interesado en adquirir la propiedad del bien, por ende toma la decisión de efectuar la restitución a su legítimo propietario, esto es como la sociedad especializada de *leasing*.
- Puede optar por continuar con el bien, vale decir, prorroga el contrato de *leasing* en esa eventualidad, necesariamente se deben varias condiciones del negocio pues el monto de la prorroga debe ajustarse al estado y vida útil del bien comprometido en el contrato.

5.3 LEASING BACK

Esta modalidad consiste en que el propietario adquiere un bien, ante la falta de liquidez o necesidad del financiamiento, traslada el dominio de dicho bien a una sociedad especializada de *leasing* quien a su vez, le entrega la tenencia al mismo vendedor a cambio de una renta permitiendo la consecución del dinero líquido, que en ultimas, va a favorecer el pago de acreencias de tipo laboral, fiscal y hasta los otros mismos acreedores.

5.4 LEASING BROKER.

La empresa especializada de *leasing* actúa como intermediaria, prestando sus buenos servicios y ofreciendo sus opciones financieras a fin que el usuario pueda obtener o adquirir determinado bien.⁴⁰

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp: 6462, Folio 10-14.

6. MODALIDADES DE LEASING

De acuerdo a la clase de bienes que sean objeto de *leasing* encontramos la siguiente clasificación:

6.1 LEASING INMOBILIARIO

Esta modalidad busca satisfacer necesidades en el campo comercial e industrial, pues permite el equipamiento de las empresas, se caracteriza igualmente por ser a largo plazo. Mediante esta modalidad, que es a su vez un mecanismo de financiación de inmuebles nuevos o usados, el locatario escoge el bien inmueble con destinación comercial (oficina, local comercial, bodega, planta industrial) y la *leasing* lo adquiere con destino a entregarlo en arrendamiento al locatario con opción de compra a la finalización del contrato.

6.2 LEASING MOBILIARIO

Esta modalidad de *leasing* recae sobre los bienes muebles es el *leasing* citado, los contratos suelen ser diferentes según la operación y el monto de la misma, existen casos en que por tratarse de operaciones de poca cuantía y para simplificar la tramitación, constan en un simple instrumento privado que tiene anexo un pagare autorizado por Notario para contar con un título ejecutivo; otras veces tratándose de montos mayores, el contrato consta en escritura pública, con lo cual además de tener un título ejecutivo, se mejorará el derecho de recuperación, de la especie en el evento de que por quiebra el usuario se interponga por la empresa arrendadora la tercería del dominio tendiente a acreditar la propiedad y separando el bien de la masa de la quiebra para recuperarlo.⁴¹

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp: 6462, Folio 30-39.

7. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La utilización de documentos estándar de contratación es una práctica recurrente hoy en día, la cual encuentra justificación práctica en el ahorro de costos de transacción que implica para el prestador de un servicio o vendedor de un bien definir previamente las condiciones contractuales que regirán sus relaciones comerciales con sus clientes o consumidores. No obstante una desventaja de la utilización de este mecanismo de contratación consiste en el riesgo de desequilibrio que puede generar el hecho de que el contenido del mismo sea predispuesto por una de las partes, lo cual ha llevado a la doctrina a hablar de abuso de poder dominante.⁴²

Dadas los riesgos expuestos un contrato a condiciones generales también debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que van intrínsecos en cada contrato y se convierten en los principios de la celebración de los contratos, aspectos necesarios para que no exista el abuso en las partes y su interpretación se haga más a fondo.⁴³

Al hablar de interpretación se encuentra que está vinculada a la redacción, exigiendo que las cláusulas estén escritas de forma que puedan ser comprendidas por el consumidor sin grandes esfuerzos, para lo que precisa que sea clara y no induzca a confusión como lo indica en España la STS (Sala Primera) del 13 de marzo de 1999, deben reunir doble requisito de ser legibles, físicamente o comprensibles intelectualmente⁴⁴.

También se complementa la interpretación con formalidades como el aporte de los documentos necesarios por parte del consumidor con la referencia expresa de su existencia en el documento contractual. Se aúna una regla de interpretación contemplada en el código civil colombiano, conocida como *contra proferentem*, que significa que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, deberá aplicarse en contra de quien la redactó. Esta regla se encuentra hoy en día complementada por la regla *favor consumitoris* contenida en la ley 1480 de 2011, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato deberán ser interpretadas a favor del consumidor, puesto que la doctrina considera que no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad⁴⁵, en este caso el que predispone el texto o que ha tenido la oportunidad de redactarla de la forma que mejor se adapte a sus intereses.

⁴²VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, Introducción al derecho del consumo, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2012, p. 120-127.

⁴³ MANUAL DE DERECHO PRIVADO DELCONSUMO, La Contratación en Masa, La ley, María José Reyes López, Madrid, España, 2009 Pág. 210.

⁴⁴ Ibídem, Pág. 221.

⁴⁵ Ibídem, Pág. 222.

Estas reglas de interpretación, no obstante ser útiles, no eliminan los riesgos de la contratación por adhesión, por lo tanto tuvo que surgir poco a poco un marco normativo que controlara estas vicisitudes de la contratación, hoy en día cobijado por lo que se denomina el derecho del consumo.

8. EL LEASING- FRENTE EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

El *leasing* en Colombia se ha establecido como una opción clara al crédito para el sector productivo, especialmente para financiar la adquisición de activos fijos. El mayor uso del *leasing* por parte de las empresas en los últimos años, especialmente las de menor tamaño sugiere que el *leasing* puede haber ayudado a reducir las restricciones financieras y, al facilitar el acceso a bienes de capital ha promovido la inversión en capital fijo, haber impactado positivamente la productividad de la inversión por ende estimulando el crecimiento económico de largo plazo. La doctrina al respecto señala: La política económica colombiana de los últimos años ha apoyado el desarrollo del *leasing* financiero en el país a través de ventajas tributarias de su uso, como una forma de irrigar recursos hacia las empresas que más enfrentan dificultades para acceder a la financiación⁴⁶.

La mayoría de personas han necesitado alguna vez obtener financiación para adquirir algún bien mueble o contratar un servicio para comprar un carro, arreglar el piso, pagar un viaje entre otros por eso existen medios muy diversos para obtener esa financiación un préstamo personal bancario, por medio de una tarjeta de crédito que permita el aplazamiento o fraccionamiento de los pagos, comprando a plazos, mediante contrato de *leasing*, o a través de la financiación en un establecimiento financiero.

Podemos encontrar así que el contrato de *leasing* que no es un contrato dirigido a consumidores, sino a la financiación de adquisiciones por profesionales o comerciantes, sin perjuicio de que los consumidores puedan utilizarlos, aunque no sería lo normal. En ese orden de ideas cabe preguntarse si las normas de protección al consumidor tienen vocación a aplicarse en esta clase de contratos. Si se examina la ley 1480 de 2011 y lo que tradicionalmente la Superintendencia de Industria y Comercio ha denominado relación de consumo, es decir, un vínculo jurídico entre un productor y un consumidor,⁴⁷ en el sentido legal de estos términos, encontraríamos que no existe relación consumo en un contrato de *leasing* porque los bienes normalmente los adquiere un comerciante (productor o proveedor) para satisfacer necesidades profesionales que además por regla general están intrínsecamente relacionadas con su actividad comercial. No obstante, debe tenerse en cuenta que existe un estatuto especial aplicable a las relaciones de consumo en materia financiera y como quiera que la mayoría de contratos de *leasing* se realizan a través de entidades que hacen parte del sistema financiero (salvo el contrato de *leasing* operativo), tendría vocación a que se apliquen las normas de protección al consumidor financiero, específicamente la ley 1328 de 2009, en los temas regulados por la norma. Lo anterior se justifica en la medida que

⁴⁶ El *leasing* en Colombia: diagnóstico e impacto sobre la inversión y el crecimiento María Angélica Arbeláez - Fabio Villegas - Natalia Salazar

⁴⁷ Villalba Cuéllar, op. cit. p. 109 y 110.

para esa ley la noción de consumidor cubija a los usuarios y clientes del sistema financiero sin importar la finalidad.

A pesar de lo anteriormente dicho, una buena parte de los problemas que se pueden presentar en este tipo de negocios provienen de la insatisfacción del consumidor cuando el bien adquirido tiene algún defecto y necesita reparación, o que lo hace inservible; o cuando el servicio contratado no se presta en las condiciones requeridas. Es decir, cuando se presenta un problema de garantía.

Por eso encontramos que todo bien duradero (es decir, todo producto que no es de consumo instantáneo, como los alimentos) debe tener una garantía. La ley obliga al productor o vendedor a entregar con el bien vendido un documento por escrito que exprese los términos de la garantía. La ley 1480 de 2011 impone la obligación de garantizar la calidad e idoneidad del bien, para lo cual exige que el productor y proveedor respondan por el buen funcionamiento del bien dentro de unos términos legalmente establecidos a falta de estipulación contractual. También debe proporcionar las instrucciones de uso pertinentes y la forma de hacer efectivos los derechos incluidos en la garantía, particularmente en cuanto a las reclamaciones. Al tener en cuenta la aplicación de la garantía, se entiende que el producto presente deficiencias no sólo cuando sea defectuoso, sino cuando sus cualidades le hagan inservible para el destino propio del bien o no se adecúen a las manifestadas por el vendedor o las existentes en la muestra que haya podido enseñarse al consumidor, e incluso cuando no fuese adecuado al uso que el consumidor quisiera darle, siempre que expresamente manifestase que lo adquiriría con ese fin y el vendedor no le indica, por eso también. La falta de adecuación del bien se extiende también a la incorrecta instalación del mismo, cuando sea precisa, si se hizo por el vendedor o bajo su responsabilidad, o cuando la hizo el propio consumidor siguiendo unas instrucciones.

El productor o importador del bien, además de que podrá ser responsable ante el vendedor que ha tenido que afrontar la reclamación del consumidor, también es responsable directamente frente al consumidor. En tal caso, lo único que se podrá reclamar, además de la indemnización de daños y perjuicios, será la sustitución o la reparación, no la resolución del contrato o la reducción del precio.

El problema surge en la medida que la ley de protección al consumidor financiero no se refiere a este tema, por lo que queda regido por las normas generales de protección al consumidor (ley 1480 de 2011), y en la compraventa que celebran la *leasing* y el proveedor del bien no existe relación de consumo.

Así las cosas la garantía que se aplicaría sería la garantía de buen funcionamiento contemplada en el artículo 932 del Código de Comercio, la cual solamente procede si las partes expresamente la pactaron y por el término estipulado por el vendedor o uno de dos años si no se pacta el término, con un término de caducidad de la acción de 30 días.

Al hablar de este tema en el contrato de *leasing* se encuentra que no es válida la renuncia del consumidor a la garantía a que tiene derecho, en ningún caso puede el vendedor obligarle a renunciar a esa garantía, no puede acordar que le vendan determinado objeto sin garantía alguna, aunque sea a un precio especial.

También la prestación de cualquier tipo de servicio debe ser adecuada, conforme con las exigencias genéricas del tipo contractual de que se trate. Sin embargo, hay que distinguir dos tipos de servicios muy claramente diferenciados; los servicios por los que quien los desarrolla se compromete a alcanzar un resultado determinado (denominado contrato de obra) y servicios en la que el compromiso se limita a poner los medios pertinentes para tratar de alcanzar un resultado, pero sin que éste se pueda garantizar en todo caso (contrato de arrendamiento de servicios,- *leasing*)⁴⁸.

⁴⁸ Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

9. CLAUSÚLAS ABUSIVAS

9.1 ANTECEDENTES.

Se consolida una historia de país en país, que comienza en una lucha del poderío de la parte dominante y una normatividad establecida que comienza como lo expone GUAL : Idea inicial de lucha contra las cláusulas abusivas fue seguida en el sistema anglosajón por el Reino Unido desde la Consumer Protection Act de 1961 y posteriormente por la nueva Consumer Protection Act de 1971, como por la Fair Trading Act de 1973, hasta llegar a la Unfair Contracts Terms Act de 1977, que consolidó todas las normas de protección del consumidor, proceso que continuó con la Unfair Terms in Consumer Contract Regulations, de 1994, que se elaboró para adoptar en el Derecho inglés las normas de la directiva CE 13/93.

A su vez, en Europa continental los sistemas de Civil Law se concienciaron de los potenciales abusos contractuales que se podían cometer mediante la contratación por adhesión. Por lo cual los países pertenecientes a Civil Law se interesaron en establecer un régimen para las cláusulas abusivas, en el que se incluyera que se entendería por la noción de cláusula abusiva, la forma de calificarlas como tal, la forma de control y la inclusión de un mecanismo de sanción eficaz.

En Alemania se profirió una ley de 1976 (AGB-Gesetz) sobre cláusulas abusivas, la cual fue reformada en 1996 para adaptarla a la Dir CE 13/93 (Leible, 1999, p. 113) y finalmente incorporada al BGB, con la reforma que modernizó el régimen de las obligaciones en 2001 y que entró en vigor en 2002 y por la cual se adaptó el BGB a las exigencias de las directivas comunitarias.

En Francia (Chabas, 2000, pp. 108 y ss.; Viney & Joudain, 2001, pp. 365 y ss.; Viney & Joudain, 2006, pp. 446 y ss.)⁴⁹ se inició con una ley de 1972 sobre la venta a domicilio; luego aparecieron las leyes Scrivener del 10 de enero de 1978 sobre crédito al consumo y cláusulas abusivas; la ley de 1988 sobre la venta a distancia, la ley 96 de 1995 que modificó ligeramente el régimen de una de las leyes de 1978 y la reforma de 1998 que terminaron por incorporar al sistema francés la Dir. CE 13/93.

A su vez, España expidió en 1984 la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (LGDCU7) que se aplica a los consumidores en

⁴⁹Tomado de la Pág. 17 de GUAL ACOSTA, José Manuel, El control sobre las Cláusulas Abusivas un Régimen de Evolución, Antecedentes e Intervencionismo en el Derecho Comparado, Revista Iusta, Universidad Santo Tomas, No. 30 Enero- Junio-Año 2009, Bogotá D.C.

contratos de adhesión con un régimen de control contra las cláusulas abusivas, la cual se reformó en 1998 en algunos apartes con la ley sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) para incorporar al sistema español la Dir. CE 13/93 e introducir una reforma al concepto de cláusula abusiva.

A estas tendencias proteccionistas del equilibrio contractual para controlar las cláusulas abusivas, tampoco ha sido ajena la realidad latino americana ;basta mencionar el caso de países como Argentina(Mosset, 1999, pp. 21-23),⁵⁰con la Ley 24.240 de 1993sobre defensa del consumidor y su decreto reglamentario1798 de 1994.

En Chile se establecieron normas sobre justicia contractual en contratos por adhesión con la Ley 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores. Brasil con la Ley 8078 de 1990 o código de defensa del consumidor (CDC), con una alta influencia de los sistemas norteamericano y europeo

La idea de control se observa incluso en países que aún no han tenido una consagración legal específica, como el caso de Colombia y Uruguay, países donde la jurisprudencia ha utilizado varios criterios para determinar una cláusula como abusiva, al recurrir al principio de la buena fe y al concepto de orden público para controlarlas de alguna manera, con la finalidad de mantener el equilibrio de las prestaciones.⁵¹

9.2 ORIGEN DE LAS CLAULAS ABUSIVAS.

De acuerdo al Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, el origen de las cláusulas abusivas se funda la contratación en serie la cual está justificada por la producción en masa de bienes y servicios, pues la empresa racionalmente organizada, se vale en la instrumentación de sus negocios de esquema cuyo contenido es su obra exclusiva y excluyente, porque de la configuración interna sólo participa ella, en razón de que ostenta un poder de negociación que desconoce, con relación al adherente.

El contrato viene reordenado por el empresario y la libertad de consumidor se reduce, estamos frente a contratos de adhesión; el autor nos aclara en su texto que la estructura de la empresa moderna requiere de una regulación uniforme de sus relaciones con terceros.

Las cláusulas abusivas aparecen predominantemente en los contratos de adhesión, pues el empresario aprovecha esta técnica de sustitución de la

⁵⁰ STIGLITZ, S. Rubén y STIGLITZ A. Gabriel, Contratos Por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección Al Consumidor, Ediciones de Palma, Universidad de Texas, 1985, Pág. 93.

⁵¹ GUAL ACOSTA, José Manuel, El control sobre las Cláusulas Abusivas un Régimen de Evolución, Revista Iusta, Universidad Santo Tomas, No. 30 Enero- Junio-Año 2009, Bogotá D.C. Pág. 16-31

discusión paritaria y clásica para introducir, por la vía de la predisposición, cláusulas que afirman injustamente su posición contractual dominante.

El poder de negociación al concentrarse en uno de los polos, corrientemente conduce al abuso, muy especialmente cuando el empresario aprovecha su dominio negociar para exonerarse de responsabilidades o limitar sus consecuencias, para atenuar a sus obligaciones o facilitar su ejecución a su cargo o desde la perspectiva del consumidor, para agravar subrayadamente sus cargas.⁵²

9.3 CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

Podemos encontrar muchas definiciones de cláusulas abusivas en nuestro trabajo pondremos a conocimiento tres definiciones:

De acuerdo con Mauricio Ortega⁵³... *se puede decir que abusiva es la cláusula que esta impuesta en un contrato y rompe de manera evidente el equilibrio de las prestaciones pactadas en su conjunto, o coloca a la parte afectada en una posición extremadamente gravosa o desventajosa frente a la otra...*

La Corte Suprema de Justicia dice que se está en presencia de las cláusulas abusivas cuando se emplea con exceso o anormalidad el poder de negociación para introducir en el contrato estipulaciones que generan un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad y cuando se causa menoscabo al otro contratante mediante el ejercicio ilegítimo de las facultades otorgadas en el contrato o la ley a la parte fuerte...⁵⁴

La ley 1480 de 2011 que modificó el régimen de protección al consumidor en Colombia, definió la cláusula abusiva como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (Artículo 42)

Aclara esta norma además que los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

⁵²Cláusulas abusivas , al Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz Pág.- 19

⁵³ ORTEGA JARAMILLO Mauricio, "Mecanismo de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos internacionales.", conferencia XIII Congreso Derecho Comercial, Cámara De Comercio de Medellín-Colombia,2008.

⁵⁴Cláusulas abusivas , al Rubén S. Stiglitz y Gabriela A. Stiglitz Pág.- 15-18

El contrato existe con unos elementos de validez que son; capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto lícito, causa lícita y si la ley estipula solemnidades.

Si las cláusulas son injustas se estaría violando la escogencia del derecho, por eso se debe basar el contrato en el principio de la buena fe, tal y como lo establece el artículo 1603 de código civil ...los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

9.4 DERECHO COMPARADO

En Colombia no existía en el derecho positivo un régimen general legislado aplicable a las cláusulas abusivas ni al contrato de adhesión o con condiciones generales predispuestas, a pesar de esta realidad. Sin embargo la jurisprudencia se ocupó del tema, la Corte Suprema de Justicia manifestó sobre los contratos de adhesión que *Tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido validez al contrato por adhesión, de manera que es posible pactar cláusulas predispuestas de manera válida, como una manifestación del principio de la autonomía privada*⁵⁵ con la única condición de que el contenido contractual no contraríe el orden público. Recientemente el tema fue legislado en materia de protección al consumidor por la ley 1480 de 2011.

Por eso se entra a comprender la necesidad de establecer una legislación especificada destinada a luchar contra las cláusulas abusivas se ha visto con resultados positivos en varios Estados, no sólo en los países de occidente donde se establece el *common law*, sino también en medio oriente como hasta ahora se ha demostrado. Las razones que justificarían una intervención legislativa en desarrollo de la constitución para controlar las cláusulas abusivas, podrían ser ilustradas por un hecho real y práctico. Consistente en que los elementos de control sobre la formación del contrato no han sido suficientes para exista una protección eficaz contra las cláusulas abusivas donde la parte fuerte puede imponer a su contratante, en un contrato por adhesión o en un contrato no negociado con condiciones generales predispuestas.⁵⁶

Para entender los hechos reales y prácticos del surgimiento en el derecho extranjero del concepto de cláusulas abusivas es preciso tener en cuenta las tendencias de los consumidores ya que les queda difícilmente acceder a prestación de servicios o cosas sin someterse a cualquier caso de previsiones contractuales que los empresarios pueden disponer unilateralmente o

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 160 de 17 de agosto de 2001, expediente 6942.

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp:6462 Folio 20-26

bilateralmente. Pero no explicando la causación de todas las cláusulas que se expiden en los contratos.

Lo anterior supone un debilitamiento del poder regulador de cada una de las partes donde con mayor frecuencia se presentan estipulaciones usualmente en perjuicio de la parte débil puesto que dichas cláusulas son impuestas por la parte con menor equidad lo que pone en evidencia el predominio de su voluntad y de sus intereses.

Sin embargo la realidad económica hoy hace que el relativo equilibrio entre los contratantes sea la excepción⁵⁷. Intentando no caer en ello, se puede decir abusiva es la cláusula que está impuesta en un contrato y que rompe de manera evidente el equilibrio de las prestaciones pactadas en su conjunto, o coloca a la parte afectada en una posición extremadamente gravosa o desventajosa frente a la otra.

Por eso al hablar de equilibrio se encuentra la transformación que ha experimentado la vida en sociedad e introduce modificaciones en la forma de relación negocial:

*Se estandarizan muchos contratos, Aparecen formas contractuales por las grandes empresas, en las cuales solamente interviene el usuario para manifestar su adhesión, se observa claramente la predisposición a un esquema negocial unilateral uniforme e inequitativo algunas veces para quienes se adhieren a él. Se presenta también un vacío legal en cuanto a la regulación de una serie de figuras contractuales nuevas, que ha impuesto la realidad del comercio, por tanto gozan de tipicidad social, tales como el leasing, factoring, engineering, franchising, para citar algunas.*⁵⁸

Esta idea inicial de lucha contra las cláusulas abusivas fue seguida en el sistema anglosajón por el Reino Unido desde la *Consumer Protection Act* de 1961 y posteriormente por la nueva *Consumer Protection Act* de 1971, como por la *Fair Trading Act* de 1973, hasta llegar a la *Unfair Contracts Terms Act* de 1977, que consolidó todas las normas de protección del consumidor, proceso que continuó con la *Unfair Terms in Consumer*.⁵⁹

Dado la tarea de investigación, puede anticiparse que la legislación argentina en materia de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores es de carácter amplio y abarcativa. Teniendo en cuenta la jurisprudencia, así como el estado de la doctrina nacional de ese contexto; esta última se ha ocupado escasamente del tema ya que es una materia que aún no se encuentra

⁵⁷GARRIGUES, Revista Novedades Reestructuraciones e Insolvencias, Resoluciones Judiciales Comentadas, J & A Garrigues S.L.P., Hermosilla, Madrid-España, Diciembre de 2010, Pág. 1-8.

⁵⁸REVISTA IUSTA, Universidad Santo Tomas, No. 30 Enero- Junio-Año 2009, Bogotá D.C. Pág. 16-17

⁵⁹ETIBARRIGUIA BIEBER, María Laura, Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina, Revista Buenaverence, Buenos Aires- Argentina, 2003, Pág. 3.

adecuadamente instalada en la sociedad, lo que se ve reflejado en la pequeña cantidad de reclamos, enfocadas desde el ángulo de lo dispuesto por la Ley 24240, sobre todo en sede judicial, en proporción a la gran cantidad de conflictos generados. Resultaría imprescindible la mayor difusión de los derechos del consumidor, a efectos que, una vez conocidos, los mismos sean ejercidos en plenitud por sus destinatarios.⁶⁰

A su vez, España expidió en 1984 la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios que se aplica a los consumidores en contratos de adhesión con un régimen de control contra las cláusulas abusivas, la cual se reformó en 1998 en algunos apartes con la ley sobre condiciones generales de la contratación para incorporar al sistema español la Dir. CE 13/93 e introducir una reforma al concepto de cláusula abusiva⁸. La ley de 1998 es aplicable a todo débil, pero no en lo referente a cláusulas abusivas, pues al ser un aspecto que se dejó en la ley de 1984 sólo se aplica a consumidores.⁶¹

En Holanda, con el código civil de 1992 se estableció como criterio para determinar una cláusula como abusiva, en lugar de la buena fe, el principio de la equidad. En Portugal las cláusulas abusivas se reglamentaron mediante el decreto de 1998.

Más recientemente algunos países que han entrado a la Unión Europea han optado por leyes especiales, como Bulgaria, mientras que otros, como Rumania, a pesar de haber iniciado la lucha contra las cláusulas abusivas con la ley 193 de 2000, al consagrar el concepto de cláusula abusiva bajo la idea de desequilibrio significativo y una lista potencial de cláusulas que podrían ser abusivas, finalmente optó por un código del consumo (Ley 296 de 2004) en el que se insiste que un contrato por adhesión no es un contrato con el consumidor y que en los contratos de consumo se protegerá al débil contra la cláusula abusiva, en la cual por débil se entenderá al consumidor⁶²

Los sistemas de Medio Oriente o del mundo árabe tampoco han sido ajenos a la preocupación por controlar las cláusulas abusivas y se pueden encontrar grupos. Uno en el que se considera que en la Sharia (derecho de la doctrina

⁶⁰ETIBARRIGUIA BIEBER, María Laura, Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina, Revista Buenaverence, Buenos Aires- Argentina, 2003, Pág. 3.

⁶¹CONTITUCIÓN 1978, España, Art 58 trae como mandato, "la protección de consumidores y usuarios. Ese mandato se desarrolló con la LGDCU de 1984 reformada por la ley 7 de 1998 que incorpora la Dir. CE 13/93 al derecho español. La proliferación de condiciones generales de contratos a causa de la contratación moderna por adhesión llevó a España a iniciar un proceso de protección contra esas condiciones generales en temas de seguros desde la década del ochenta" Madrid-España, Tejedor, 2000, Pág. 9-11; Lasarte, 1999, Pág. 141-142.

⁶²SERRA, Daniel, Las cláusulas abusivas, la Dir. CE 13/93 La Pretensión del Marco Común Europeo de Protección contra las Cláusulas Abusivas en Contratos con los Consumidores, Valencia- España, 2002, Pág. 16-17.

islámica de inspiración religiosa⁶³ no se ha tomado en cuenta la polémica sobre cláusulas abusivas, pero se permite que con base en las palabras del profeta y el consenso musulmán, se dé aplicación a soluciones mediante otros textos legislativos que no contraríen el orden público ni los principios fundamentales islámicos, como, en efecto, así se ha hecho mediante otros textos jurídicos que han seguido la tendencia de los países europeos como Francia.

Ahora bien, después de haber definido ampliamente que es cláusula abusiva pasaremos a un análisis de estas en los contratos de adhesión; el código civil italiano artículo 1341 ap, 2º establece que carecen de efecto, sino no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad.

Asimismo al examinar la regulación del BGB *Bürgerliches Gesetzbuch* que es el Código Civil Alemán, se enuncia entre las cláusulas abusivas prohibidas, sin posibilidad de apreciación judicial, aquella que estipula una exclusión o una limitación de la responsabilidad por un daño que se funda en una violación del contrato por culpa grave del predisponente o de una violación del contrato por culpa grave de un representante legal o de un auxiliar del predisponente, haciéndose extensiva la prohibición también para daños derivados de la violación de obligaciones relativas a las tratativas contractuales.

En materia de derecho comunitario europeo, la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores requirió criterios que se sientan como principios básicos lo que se determinen el carácter abusivo de cada cláusula referidos a los siguientes comportamientos:

- Vincular el contrato a la voluntad del empresario.
- Limitar los derechos del consumidor y usuario.
- Determinar la falta de reciprocidad en el contrato.
- Imponer al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o imponer indebidamente la carga de la prueba.
- Imponer cláusulas desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- Contravenir las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Al hablar del primer principio la voluntad se refiere al evaluar la validez del cumplimiento de los contratos para darle más ventajas a una parte, lo que demuestra un desequilibrio entre las obligaciones y los derechos que cada extremo tiene, sin la falta de protección absoluta sobre la interpretación y ejecución del contrato que debe mantenerse en cualquier vínculo contractual. Cuando se habla de limitaciones se refiere a un tiempo o lapso para el cumplimiento del contrato que se salga de la efectividad para cumplir los

⁶³FRIAS LOPEZ, Ana, *Los Contratos Conexos*, Editorial Bías S.E., Madrid-España, 2000, Pág. 116 y ss.; LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, Vol. I, Editorial Ariel, Madrid-España, 2000, Pág. 376 y ss.;

aspectos formales y sustanciales del contrato sin imponer condiciones innecesarias.

La falta de reciprocidad se refiere a que la conexión falla al hacer actos masa favorecedores a un parte con referencia a la otra o tratar de dar una interpretación o modificación sin medir las distancias de lo excesivo.

Cuando se hablan de garantías y carga de la prueba se encuentran los contratos referidos a servicios financieros como el *leasing* financiero, donde una de las partes se reserve la facultad de modificar si previo aviso el tipo de interés adeudado, el tipo de producto a recibir, el importe de los gastos relacionados con los servicios financieros, o cuando se encuentren adaptados a algún índice legal y a condición de la entidad financiera que este obligada a informar en el más breve plazo a los otros contratantes y estos puedan resolver sin algún problema más grave.

La desproporción de las cláusulas se refiere si no se les reconoce las mismas facultades a las partes contractuales y se obtenga una resolución por cada una de las partes para perder la voluntad sin darle la oportunidad de aceptarla o rechazarla. Finalmente al hablar de competencia y derecho aplicable es para que no exista sumisión, previsión y falta de delegación en algún problema. Por medio de estos principios se encuentra la protección a los consumidores para que se extiendan frente a las cláusulas contractuales abusivas no negociadas individualmente.⁶⁴

9.5 CRITERIOS PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD.

Señala Suescún que dos criterios materiales intervienen en la noción de cláusula abusiva, el abuso de poder económico y la ventaja excesiva. El abuso de poder económico, señala este autor citando a Ghestin, es un abuso de situación que le permite a uno de los contratantes imponer sus condiciones a otro y se considera un desvío de la finalidad social que tiene los derechos subjetivos. En cuanto a la ventaja excesiva, la describe el mismo autor como un desequilibrio manifiesto de los derechos y obligaciones de las partes que atenta contra la justicia contractual.⁶⁵

Igualmente, uno de los principales conceptos que se ha tenido en cuenta para definir el carácter abusivo de una cláusula es el concepto de desequilibrio significativo. Sin embargo este criterio se vuelve complejo cuando se va a definir qué clase de desequilibrio de va a tener en cuenta, económico o jurídico. Debe recordarse que nociones tradicionales del derecho civil buscan corregir

⁶⁴ MANUAL DE DERECHO PRIVADO DEL CONSUMO, La Propuesta de Directiva Sobre Derechos de los consumidores y Usuarios, La Ley, María José Reyes López, Madrid, España, 2009 Pág. 237.

⁶⁵ SUESCÚN MELO, Jorge, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Legis, Bogotá, 2005, p. 197.

desequilibrios económicos, tales como la lesión enorme y la imprevisión contractual.

La cláusula abusiva puede presentarse en los contratos, ya sean discrecionales o predispuestos; de derecho privado o público, de libre configuración interna o vigilados por el Estado. Pero en razón de las características que adopta la formación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, especialmente la circunstancia que la creación de su contenido es obra exclusiva y excluyente del profesional/predisponente (por ejemplo los contratos bancarios, de seguros, de medicina prepagada de ahorro y préstamo cualquiera que sea su objeto etc) hallan en el contrato predispuesto campo fértil para su inclusión.

De la circunstancia de la cláusula abusiva sea, predominante, contenido de los contratos predispuestos, a su vez, resultan algunos otros caracteres como, por ejemplo en primer lugar, que no haya sido negociada individualmente. Sobre el particular, cabe señalar que de la negociación individual deriva la circunstancia de que el consumidor haya participado o influido sobre el contenido de la cláusula, ni de una declaración firmada por el consumidor donde se afirme que su consentimiento ha sido prestado luego de efectuarse las tratativas.

La carga de la prueba sobre la existencia de una negociación individual, recae sobre el profesional, quien deberá acreditar la participación o influencia del consumidor en la creación del contenido del contrato.

Que haya sido presentada al consumidor o al usuario ya redactada. Es diferente que la redacción se atribuya al predisponente o que por tratarse de textos uniformes, haya sido copiado de otro/s contrato.

El carácter más saliente de la cláusula abusiva consiste en que importa un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones contenidos en las condiciones generales del contrato y debe serlo en detrimento del consumidor y apreciado al momento de la conclusión del contrato. El desequilibrio significativo es el que procura al profesional una ventaja excesiva.

El desequilibrio que resulta de una cláusula abusiva debe ser relevante o manifiesto, ya que el equilibrio contractual, conceptualmente, no implica en simetría rajatable.

Es la característica definitoria de la cláusula abusiva que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del otro.⁶⁶

⁶⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de 28 de agosto de 2008, expediente 1997-14171

10.6 EL RIESGO DE ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE *LEASING*.

De acuerdo a lo anterior se abordará el análisis de las cláusulas abusivas que se pueden encontrar en los contratos de *leasing*, tales como la responsabilidad de la sociedad de *leasing* por defectos de calidad o vicios ocultos y lesión enorme del bien objeto del contrato. Puede decirse que es sensible el evento en el bien cuya tenencia entrega la *leasing* presenta un defecto de calidad o se revela un vicio que había permanecido oculto y luego el locatario se dirige a la sociedad de *leasing* para que adopte las medidas pertinentes o según el caso, la convocan a juicio en ejercicio de las acciones que la ley otorga para tales eventos.

Normalmente, de acuerdo a lo investigado, la sociedad de *leasing* rechaza la reclamación y se opone a la demanda, alegando que no tiene responsabilidad por esos hechos, pues obra como un simple intermediario y además, en el contrato fue eximido de esos débitos, a lo que añade que es el proveedor del bien el que debe realzar la garantía o acudir al saneamiento⁶⁷.

Sin embargo, cuando el locatario demanda con ese propósito al proveedor, este en la mayoría de las veces responde que no celebró ningún contrato con él, pues su comprador fue la sociedad de *leasing*. Si se miran bien las cosas, esta controversia es propia del *leasing* financiero, en el que, ciertamente, la sociedad de *leasing* funge como intermediario en el proceso de adquisición del bien.

⁶⁷ GARCIA GARNICA, María del Carmen, El régimen jurídico del *leasing* financiero inmobiliario en España, Editorial Aranzadi, Elcano Revista Crítica, Madrid-España, Pág. 180.

10. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

De acuerdo con la publicación realizada por Villalba (2011) el contrato de consumo es un acuerdo de voluntades entre un productor y un(os) consumidor(es) para la adquisición de bienes o la prestación de servicios. En el contrato de consumo existe una relación jurídica de consumo de carácter convencional. Los contratos de consumo constituyen así una nueva categoría contractual, tomando el esquema de clasificación de los contratos, más no un nuevo tipo de contrato, tomando en cuenta la operación económica que encierran, tal como la compraventa, el arrendamiento, etc.⁶⁸

Rinesi (2006) señala que contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor final – persona física o jurídica- con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de estos por parte del primero, para su uso privado, personal o familiar. Igualmente, el código peruano de protección al consumidor define en el artículo el contrato de consumo de la siguiente manera: El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica, debe destacarse que la reciente normatividad peruana en la materia es la única (en las que fueron materia de estudio) en que aparece definido el contrato de consumo. Stiglitz (1999) lo define como el celebrado a título oneroso entre un consumidor final- persona física o jurídica-, con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos, por parte del primero, para su uso privado familiar o social.⁶⁹

Al hablar de contratos masivos, se encuentran instrumentos de dominación que restringen la libertad de los que tiene menos facultades y se determina la necesidad de limitar los abusos del contratante más hábil, el cual se sigue protegiendo de las inmunidades que se eximen de viejos modelos de voluntad contractual.

⁶⁸ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, Los Contratos de Consumo en el Derecho Colombiano y el Derecho Comparado, Revista Facultad de Ciencias Económicas, Investigación y Reflexión, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. XIX, Núm. 2, Diciembre de 2011, Bogotá D.C. Pág. 173.

⁶⁹ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, Los Contratos de Consumo en el Derecho Colombiano y el Derecho Comparado, Revista Facultad de Ciencias Económicas, Investigación y Reflexión, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. XIX, Núm. 2, Diciembre de 2011, Bogotá D.C. Pág. 174-175

Por tal razón conviene reparar en que el contrato por adhesión, y en particular las cláusulas abusivas, constituyen con frecuencia un instrumento del que se vale el empresario para maximizar su tasa de beneficio en el mercado dentro del sistema de economía capitalista.⁷⁰

Por eso la visión panorámica que llega a suministrar un legislador para revisar y habilitar un contrato de consumo, se convierte en concreto en una normativa de consumo para sancionar el abuso de las cláusulas sin importar los nuevos tipos especiales o estatutarios de diferentes áreas negociales, como en nuestro tema en específico el *leasing* que contribuye a avanzar en la concepción de normas que protejan diversas estipulaciones contractuales. En este orden es cierto que la cláusula abusiva crea una transgresión a la Buena Fe en la celebración ejecución de contratos y también revela un ejercicio que predispone los derechos de cada una de las partes.

Entonces al encontrar el desequilibrio puede decirse entonces que una estipulación abusiva es la que desarticula o desquicia injustificadamente el sinalagma, determinando una alteración del principio de equivalencia funcional de las prestaciones. Asimismo la cláusula abusiva desnaturaliza el vínculo obligacional, lo que supone un apartamiento o derogación del derecho dispositivo a través de normas supletorias.⁷¹

Así constituye el conocimiento de un presupuesto propio de la cláusula abusiva que no haya sido negociada individualmente o sea que el consumidor no haya participado en su contenido, lo que significa que no únicamente son cuestionables una disposición recíproca de alguna de las partes sino también los estándares ya predispuestos al consumo y también la falta de aceptación del consumidor que opera en la oponibilidad misma de manifestaciones unilaterales, sin que sea necesario si quiera juzgar la abusividad.

Si aceptamos por válido que la cláusula abusiva saca de todo contexto las obligaciones y perjudica la reciprocidad antes nombrada de cualquier esquema negocial que se implante, basta con su remoción para restablecer el equilibrio afectado, siendo necesario preservar la eficacia del contrato con el contenido restante legítimo para no privar al consumidor del negocio que se propone celebrar. Tal es la solución que adoptan las legislaciones especializadas en la materia⁷²

Al determinar la nulidad que afecte las cláusulas abusivas, se debe tomar en consideración el interés general resguardado por la sanción de invalidez que estatuye la LCD (Ley de Competencia Desleal) que no es otro que la tutela

⁷⁰DAÑOS DERIVADOS DE LA VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, Tratado de Daños Reparables, Director Carlos A. Ghersi, Coordinadora Celia Weingarten, La Ley Buenos Aires, Argentina, Título I Pág. 426.

⁷¹ Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los Contratos típicos, consagrados por normas dispositivas, VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Argentina, Comisión No. 3.

⁷² H. ZENTNER, Diego, Revisión del Contrato de Consumo, Efectos: Nulidad Parcial e Integración, Buenos Aires, Argentina, 2010, 10.2.4., Pág. 198

de los consumidores. Toda estipulación abusiva contraría al orden público económico de protección, por tanto de nulidad es absoluta, consecuentemente inconfirmable.⁷³

Al encontrar la modificación unilateral, además de predisponer los términos negociables según sus propios intereses en el contrato de *leasing*, el proveedor se vale de esta cláusula para readaptar a su arbitrio el contenido del contrato de acuerdo con las circunstancias sobrevinientes durante la ejecución. Esta condición es abusiva cuando la alteración del contenido obligacional constituye una decisión arbitraria del empresario, sin base en necesidades objetivas en función de la dinámica de las circunstancias sobrevinientes, o cuando a pesar de ser eventos previsibles, el proveedor no cumple en informar adecuadamente al usuario al tiempo de contratar.

Se ha aceptado no obstante la discreción de la calificación de la cláusula en los contratos de larga duración, en función de la previsibilidad de los cambios que pueden producirse en el transcurso de la ejecución y siempre que se observen ciertos límites. En sintonía con ello, el régimen establecido por la Resolución No. 53/03 admite la cláusula, en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos.

En último lugar luego de identificar desde principios hasta cláusulas inherentes a la reciprocidad de las partes se encuentra que existe un sistema de impugnación judicial de las cláusulas abusivas que puede ponerse en marcha no solo partir de la pretensión individual del interesado para el caso en concreto, sino también mediante acciones de incidencia colectiva iniciadas a instancias de cualquiera de los legitimados por asociaciones de consumidores y se llegue a contemplar la cosa juzgada respecto de todos los consumidores que se encuentren en similares condiciones; cabe citar que este antecedente en la confirmación judicial de una disposición administrativa No. 1025/99 de la Administración Federal Sala II, 22/08/00 de Argentina.⁷⁴

⁷³ LORENZETTI, Ricardo, Conferencia CONSUMIDORES, Pág. 253

⁷⁴ DERECHOS DE CONSUMIDOR, Responsabilidad Solidaria, Jurisprudencia. Fideicomisos en Garantía. Banco Hipotecario. Condena. Vicios en inmueble fideicomitado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, Buenos Aires, junio 14 de 2005.

11. NORMAS REGULATORIAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

No obstante lo anteriormente planteado, la conveniencia de un control que incluya los riesgos antes expuestos llevó a la legislación nacional recientemente a establecer algunas normas de control sobre las cláusulas abusivas las cuales se enunciarán a continuación.

En la Ley 142 de 1994 (art. 133), aplicable a los contratos de servicios públicos domiciliarios, se estableció una presunción de hecho de abusividad sobre un listado indicativo de cláusulas que así lo podrían ser, bajo la idea de un abuso de posición dominante.

En el sector financiero se mencionarían el decreto 1084/81 (art. 7), el decreto 721/87 (art.8) y el decreto 1730/91(art. 2.1.2.3.9), además de un regla general por la cual se ejerce un control sobre la cláusula anormal, que afecte el equilibrio del contrato en los contratos celebrados por las entidades sometidas al control de la superintendencia bancaria (hoy Superintendencia financiera) con sus clientes, así se consagró en el decreto 663/93 (inc. 4art. 98 modificado por la Ley 795 de 2003) y en el artículo 97 de ese mismo decreto una obligación de información clara y precisa sobre los servicios que se prestan.

A nivel regional la comisión de la comunidad andina, mediante la decisión 638 de 2006 (arts.6 y 7), estableció un control sobre las cláusulas abusivas que se den en contratos de telecomunicaciones contra los usuarios.

Ley 1480 de 2011 del 12 de Octubre de 2011, por medio del cual se reforma el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones en su capítulo II, artículo 37 y siguientes regula los contratos de adhesión y en el capítulo III las cláusulas abusivas, donde se reconoce su ineficacia de pleno derecho.

12. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.

El legislador colombiano en la ley 1480 de 2011 optó por regular las cláusulas abusivas a través del sistema de listas, dentro del cual se identifica una tendencia a crear listados de cláusulas prohibidas por considerarse abusivas. El sistema colombiano en la mentada ley consagró una lista negra, es decir, un listado de cláusulas que se consideran abusivas *per se*, de manera objetiva, sin que se pueda discutir su abusividad.

Según esa ley son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- 1) Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden.
- 2) Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
- 3) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- 4) Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
- 5) Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
- 6) Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
- 7) Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
- 8) Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
- 9) Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
- 10) Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
- 11) Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
- 12) Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.(derogado)
- 13) Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas

- 14) directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
- 15) Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

Por otro lado la ley 1328 del 15 de Julio de 2009, por la cual se adoptó un régimen de protección al consumidor financiero, contempló el siguiente listado de cláusulas, igualmente por la vía de la lista negra:

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.

13. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Del estudio de la jurisprudencia colombiana efectuado en la materia podemos decir que se requiere establecer por ley, un control específico sobre las cláusulas abusivas para poder proteger a la parte débil (consumidor-usuario), ya que existe una potencial falta de comprensión de los contenidos contractuales de estos últimos, bien por desconocimiento de los mismos, o por falta de claridad en éstos.

De allí surge la necesidad de cláusulas claras y concisas que informen al consumidor o parte débil del contrato el fin y consecuencias del mismo, y que se aseguren la comprensión sobre el contenido de ciertas cláusulas gravosas u abusivas y del contrato en general.

Con la anterior propuesta se reflejaría la efectividad de los procesos de control y más de los contratos de adhesión ya que no sólo depende de la rapidez, sino también de las estrategias habilitadas, y ese control se podría concentrar en un solo ente, como lo hace con las entidades financieras la Superintendencia Financiera.

Así evitar que el contratante débil se vea afectado por cláusulas inusuales o insólitas a través de medidas de protección que confieran un consentimiento libre y claro.

También se podría aconsejar mantener, como hasta ahora se ha hecho por la jurisprudencia desde 2001, *Mecanismos de control sobre las cláusulas abusivas, basados en el orden público, al recurrirse a las buenas costumbres, los principios de equidad y buena fe. Incluso, recurrir a controles de fondo sobre el contrato, como serían el objeto y la causa de éste*⁷⁵

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil igualmente dijo: *al ocuparse del tema de las cláusulas abusivas, de manera precisa y acertada considera que el control sobre de contenido sobre las cláusulas abusivas se podría hacer incluso en contratos entre profesionales y consumidores o en contratos entre profesionales lo cual significaría que nuestra corte suprema acoge la tendencia alemana de la ley de 1976, como una posición moderna.*⁷⁶

Se vulnera la norma imperativa consagrada en el artículo 95 de la Constitución Política que impone, como deber de la persona y del ciudadano, *respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*, cuya consecuencia, de acuerdo

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp: 6462 Folio 44-46.

con nuestro ordenamiento, no es otra que la nulidad absoluta prevista en el ordinal 1º del artículo 899 del Código de Comercio, que dispone que será nulo absolutamente el negocio, *cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.*⁷⁷

No obstante, en Colombia hacía falta un régimen sistemático, expreso e integral con una cláusula general de control, aplicable a las cláusulas abusivas. *Esto no significa que cuando se esté ante una cláusula, ella no se pueda analizar a la luz de los principios generales del derecho para determinar si es o no abusiva.*⁷⁸

Es así como se sancionaron algunas cláusulas abusivas hasta el año 2012, con base en principios generales del derecho como la buena fe, la equidad, el no abuso del derecho, tanto en la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Constitucional o en tribunales de arbitramento.

Con respecto a la problemática de la garantía en el contrato de *leasing*, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que de otro modo así como es tolerada en el contrato de *leasing* la exclusión de responsabilidad de la compañía de *leasing* por los defectos de calidad y por los vicios redhibitorios resultaría estimable, la estipulación de la cesión a favor del tomador de los derechos que tiene dicha sociedad frente al proveedor en relación con tales problemas, así se preservarían y se harían efectivos los principios de equilibrio y equidad contractual de forma tal que la exoneración o ausencia de responsabilidad en el tópico que se analiza estaría ligada correlativamente a la transferencia al tenedor en forma de negocio jurídico de *leasing* o derechos o acciones contra el proveedor, derivados del no cumplimiento de la garantía.

Con el firme propósito de que el tomador no quede desprotegido y pueda válidamente legitimarse en las reclamaciones, ello indica que la exoneración de responsabilidad de la empresa de *leasing* respecto de la calidad y la idoneidad de los bienes del objeto del contrato necesariamente está ligada a dos requisitos:

- Que el Contrato de *leasing* se establezca una cláusula de exoneración de responsabilidad, la cual deviene de la no participación en la elección del proveedor de los bienes entregados en *leasing*, ni en la elección de los bienes mismos, dado que dicha elección es realizada por el locatario.
- Que se perfeccione, ya sea en forma posterior al contrato de *leasing*, la cesión de derechos y acciones que tiene la empresa de *leasing* como adquirente de los bienes, contra el proveedor de los mismos.

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp: 6462 Folio 39-72.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia c-1141 del 30 de Agosto de 2000.

En lo que respecta a la garantía mínima presunta regulada en el Decreto 3466 de 1982, más conocido por Estatuto del Consumidor, el problema fue resuelto con la declaración de exequibilidad condicionada que hizo la Corte Constitucional de su artículo 11 en el que se establece que, *Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta... recae directamente en los proveedores los expendedores..., puesto que dicha Corporación consideró que la norma debía entenderse sin perjuicio de que el consumidor o usuario también pueda exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos. Se les concedió así a los consumidores una legitimación extraordinaria para accionar contra el productor del bien defectuoso, pese a que entre ellos no existe vínculo contractual.*

Sin embargo, tal pronunciamiento no resolvió en forma definitiva el problema planteado, no sólo porque se circunscribió al tema de la garantía mínima presunta, que es apenas una expresión de la obligación de garantía establecida en los artículos 931 a 933 del C. de Co. y claro está, diferente de la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios a la que se refieren los artículos 934 a 938 de C. de Co. sino también porque no todos los usuarios del *leasing* pueden considerarse consumidores.

Para ponerle fin a esa dificultad que retan los locatarios y la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia de 13 de diciembre de 2002, puntualizó que en el contrato de *leasing* financiero era válida la cláusula de exclusión de responsabilidad de la sociedad *leasing*, en lo referente a las obligaciones de garantía y de saneamiento por vicios ocultos, a condición de que ella le cediera al locatario las acciones respectivas frente al proveedor.

Las siguientes fueron las razones de la Corte:

1. En primer lugar, en el *leasing* financiero la sociedad de *leasing* obra como un intermediario en el proceso de adquisición del bien, pues es el locatario quien lo selecciona y escoge el proveedor.

... la compañía del *leasing*, es la regla, se sitúa al margen de la escogencia del bien, la cual se verifica en función de las necesidades de quien habrá de ser contratista, quien determina –ex ante- sus características, funcionalidad, e incluso el proveedor mismo, según se delineó En tal virtud, la adquisición del bien por parte de la sociedad de *leasing*, se hace en atención a esos requerimientos específicos del cliente; a las indicaciones o señalamientos que previamente le han sido dados por él, de suerte que para la futura contratante, la causa inmediata para hacerse a la propiedad de la cosa, radica en la anterior celebración del contrato de *leasing* –propriadamente dicho- (negocio jurídico de aprovisionamiento). Ese, precisamente, es el móvil que explica la prenotada adquisición, la que se realiza, únicamente, en función de la celebración del

contrato de *leasing*, en consideración, a que la entidad, motuproprio, no se convierte en propietaria para disfrutar directa y personalmente de la cosa, sino para permitirle a otro tal disfrute (negocio de tenencia -y eventualmente dominical-) . Esa es la ratio de su actividad comercial y, por contera, la explotación ordinaria de su objeto social (art. 20 numeral 2° C. de Co.)

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

2. Si la *leasing* es un intermediario, debe entonces obrar de conformidad con esa calidad, por lo que de una parte deberá informar al usuario de esas particularidades del contrato al que adhiere como lo impone el principio de transparencia negocial, y desprenderse de unas acciones contractuales que, en rigor no le pertenecen, por lo que deberá cederlas al locatario, como verdadero interesado en ellas, para que adquiera una legitimación contractual frente al proveedor.

Así las cosas, puede afirmarse que en el *leasing* financiero, la sociedad de *leasing* no es responsable por los defectos de calidad y por los vicios ocultos que presente el bien, pero deberá, en todo caso, hacer cesión al locatario de las acciones contractuales que se le reconocen como comprador, para que pueda ejercerlas frente al proveedor. Si no procede de esta manera, podrá ver comprometida su responsabilidad.

No ocurre lo mismo en el caso del *leasing* operativo o en aquellos negocios en los que la sociedad de *leasing* hizo la elección o circunscribió la escogencia del locatario a un determinado proveedor, hipótesis en las que ella debe responder por los defectos de calidad y por los vicios redhibitorios, en los términos que señale la ley, sin que pueda admitirse la cláusula de exclusión de responsabilidad, dados los perfiles que tiene dicho contrato.

De otro lado, la lesión enorme en el contrato de *leasing* es una institución que sólo tiene cabida en los casos expresamente previstos en la ley tema que ya

ofrece una importante discusión, entre los que se encuentra el contrato de compraventa de inmuebles, que puede ser rescindido por esa causa (C.C., arts. 1946 y ss.).

También es conocido que en el *leasing* inmobiliario, la sociedad de *leasing* le entrega al locatario, a cambio de una renta periódica, la tenencia de un inmueble en cuyo proceso de construcción aquella intervino, o que adquirió, previa selección del usuario, quien tiene la opción de comprarlo al vencimiento del plazo de duración del contrato.

Incluso, en su modalidad de lease-back o *leasing* de retorno, el usuario fue el proveedor, como que era el dueño del inmueble que le transfirió a título de compraventa a la *leasing* para que esta, en virtud de ese otro y anterior negocio jurídico, le entregara la tenencia, con la particularidad de que el contrato de *leasing* no podía celebrarse sin que previamente la sociedad de *leasing* adquiriera la propiedad del predio y, además, pagara de contado su precio, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 913 de 1993.

La controversia se ha suscitado a propósito que el vendedor locatario pide que se rescinda la venta por haber sufrido lesión enorme, dado que el precio fue inferior a la mitad del justo valor del inmueble, hipótesis que puede presentarse porque desde una perspectiva meramente económica, el lease-back es un contrato que, por regla general, celebra un empresario que requiere recursos de capital para la operación de su empresa, que quiere sacarle provecho a uno de sus activos fijos, pero del cual no puede prescindir materialmente, y que no quiere o no puede acudir a otros mecanismos de financiación.

Por lo que le transfiere la propiedad a la sociedad de *leasing*, sin perder la tenencia, por un precio que generalmente está determinado por los recursos monetarios que necesite, para luego recuperar el dominio al ejercer la opción de compra, cuyo precio también se fija en función del valor por el que se le vendió a la *leasing*.

Al fin y al cabo su interés, en exactitud, no es vender, sino financiarse, así como el de la *leasing* no es, en rigor comprar, sino suministrar los dineros requeridos por el futuro locatario, de suerte que apreciada la operación desde este aspecto, no se vería la razón para que se fijara como precio de la venta una suma superior a las necesidades de capital, si es que estas son menores al justo precio del inmueble, dado el obvio incremento de los costos financieros.

Sin embargo, una primera aproximación al problema permite advertir que no es apropiado, cualquiera que sea el ángulo desde el que se le mire, acudir al lease-back para obtener unos recursos de capital inferiores al justo precio del inmueble, máxime si en el escenario jurídico y financiero existen otro tipo de contratos para acceder al crédito.

El justo valor de la cosa se crea, entonces, en una frontera legal, económica y moral para materializar ese tipo de contratos de *leasing*. Si no existiera ese

inconveniente, el *leasing* de retorno constituiría un expediente para que la sociedad de *leasing* se hiciera al dominio de inmuebles por un precio injusto, en el que el vendedor usuario, pese a la opción de compra que se le concede ciertamente en función del precio de adquisición inicial, podría perder definitivamente un valioso activo para su empresa, si quebranta una cualquiera de las obligaciones que tiene como locatario, con fundamento en la cual la *leasing* podría reclamar la terminación del contrato.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre esta problemática en sentencia de 25 de septiembre de 2007, para concluir que sí era posible rescindir la compraventa por lesión enorme, pese a la estrecha relación que existe entre ese contrato y el lease-back. Las siguientes fueron sus razones:

- a. La compraventa que celebran el futuro locatario y la sociedad de *leasing* para poder celebrar posteriormente el contrato de *leasing*, no se incorpora, suprime o diluye en este último, por lo que no se puede afirmar que se trata de un único negocio jurídico. En el *leasing* de retorno existen dos contratos claramente identificados: la compraventa y el *leasing* inmobiliario.

Se trata, pues, de un claro caso de conexidad contractual, por cuanto ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, en la medida que es con cuidado en el leasing que el futuro usuario vende y que la sociedad de leasing compra, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas coincidan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y leasing, por el otro.

Estos y otros claros vasos comunicantes, demuestran la estrecha y fortificada relación que existe entre el contrato de aprovisionamiento y el contrato de lease back, al punto de poderse afirmar que uno y otro son negocios jurídicos intercomunicados, pues no obstante preservar su propia arquitectura y mantener el régimen jurídico que les corresponde, se encuentran entrelazados funcionalmente, en la medida en que la institución financiera no adquiriría el bien, ciertamente, sino fuera por el contrato de leasing que sobre él va a celebrar, ni el candidato a usuario vendería, de no ser porque mantendrá la tenencia a ese título, ni en fin, podría no afectar la autonomía de cada uno de dichos tipos negociales, como se anotó en precedencia, así, lato sensu, se persiga una sola operación económica diferente.⁷⁹

Se impone, por tanto, reiterar que la (operación de leasing financiero) y por reflejo la del 'lease back', son supuestos o hipótesis de contratos fusionados o conexos, con todo lo que ello implica, en especial, la total autonomía de cada uno de los que sirven a ella, se reitera, la compraventa, por medio de la cual la

⁷⁹ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, IV CURSO DE FORMACION JUDICIAL INICIAL PARA MAGISTRADOS, MAGISTRADAS, JUECES Y JUEZAS DE LA REPÚBLICA, Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales, Fiducia Mercantil, *leasing* y Agencia Comercial, Marco Antonio Álvarez Gómez, Magistrado, del 26 de Diciembre de 2008 al 2 de Enero de 2009.

*entidad financiera adquiere el bien, y el leasing propiamente dicho, que permite la entrega de su tenencia al locatario*⁸⁰.

*Por consiguiente, que la sociedad de leasing haya adquirido el inmueble en interés y a instancia de la demandante, o que el lease back se haya ajustado como consecuencia de una operación económica compleja de la que a manera de eslabón hace parte la venta, no permite sostener que el contrato de suministro, per se, se subsume en el contrato de leasing, como si ineludiblemente hubiere un sólo negocio jurídico, pues una cosa es reconocer la conexión (negocios coligados o conexos) que existe entre esas dos relaciones jurídicas contractuales y otra, bien diferente, por lo demás, hacer de ellas una mezcla, compuesto o amalgama negociar, que desconocería la función que cada negocio cumple dentro del contexto económico de la operación y, por sobre todo, la naturaleza jurídica de cada contrato, de los que se desprenden obligaciones diversas, aunque complementarias.*⁸¹

- b. Si los contratos de compraventa y de *leasing* inmobiliario son autónomos, pese a su evidente conexidad, el precio de aquella no puede confundirse con el precio de éste. La circunstancia de ser contratos asociados no impide que cada negocio jurídico, individualmente considerado, sea dominado por las normas jurídicas que le corresponden, entre las que se encuentran las relativas a la determinación del precio.
- c. La rescisión de la venta necesariamente repercute en el contrato de *leasing*, justamente por tratarse de contratos coligados, pero ello no impide que se materialice el derecho del vendedor reconocido en los artículos 1946 y siguientes del Código Civil.

Por tanto, si la rescisión del contrato de compraventa por causa de lesión enorme, se pronuncia contra la sociedad de *leasing*, como compradora del inmueble, podrá ella permanecer en el contrato o consentir la rescisión. Pero de ser lo primero, no puede perderse de vista que la suma que le entregue al vendedor para completar la diferencia con el justo precio, deducida una décima parte, debe forzosamente reflejarse en el contrato de *leasing*, bien en el monto de los cánones periódicos que debe cancelar el locatario, bien en la cuantía de la opción de compra, con los costos financieros respectivos, dadas las razones que expresamos sobre la naturaleza de este tipo de *leasing*.

Y de ser lo segundo, el contrato de *leasing* indefectiblemente terminará, pues no puede existir un *leasing* sobre bienes que no sean de propiedad de la sociedad; en este evento, el contrato deberá liquidarse sin perjuicio para

⁸⁰ Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá, Modulo de Aprendizaje Autodirigido, Promoción 2009, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, Colombia, Pág. 50

⁸¹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA .Clausulas Abusivas, Cargos Adicionales y prima de Prepago de Créditos, Concepto 2011066277-001, Bogotá D.C., 19 de octubre de 2011, Pág. 2.

ninguna de las partes, por lo que, por vía de ejemplo, la *leasing* debe devolver el precio inicialmente recibido, pero no los cánones causados, habida cuenta que la terminación de un contrato de tracto sucesivo, cualquiera que sea la causa, sólo tiene consecuencias hacia el futuro, sin que los efectos retroactivos de la rescisión puedan comunicársele o extendersele, en la medida en que ellos apuntan exclusivamente a la venta y no al *leasing* propiamente dicho, dado que este negocio jurídico no está afectado de invalidez;

Cosa distinta es que por causa de, la rescisión de la compraventa constituya un impeditivo para la continuidad del contrato. Creemos que extender los efectos de la rescisión al *leasing*, pasaría por alto que en los negocios coligados debe respetarse, en lo posible, la autonomía de cada contrato.

Por supuesto que sí es el vendedor locatario el que soporta la rescisión por lesión enorme los efectos serán similares si él consiente en ella, con la particularidad de ser él quien debe devolver el precio que recibió. Pero si decide perseverar en el contrato, la restitución de la parte del precio recibida en exceso igualmente implicará modificar los términos del contrato de *leasing*, puesto que este se estructuró sobre la base de una cifra muy superior a la que correspondía.

14. ANALISIS CLAUSULADOS DE LOS CONTRATOS DE *LEASING*

Nuestra línea investigativa se basó en el análisis de las cláusulas de los contratos de *leasing*, razón por la cual a continuación aportamos una muestra de cláusulas analizadas como abusivas o posiblemente abusivas de contratos de *leasing* de los bancos BBVA y BANCOLOMBIA pero también haremos referencia de otros contratos que se asemejan como son BANCO DE OCCIDENTE, BANCO POPULAR Y HELM BANK. Se procederá entonces a transcribir el texto del contrato a condiciones generales y acto seguido se incluirá el comentario y el fundamento de la posible abusividad. Este muestreo se hizo necesario en la medida en que la novedad del tema y la falta de jurisprudencia que específicamente se refiera a los contratos de *leasing* nos condujo a hacer un estudio en perspectiva.

- I. La cláusula que traslada toda la responsabilidad al LOCATARIO en caso de incumplimiento de cualquier tipo por parte del proveedor.

CONTRATO DE *LEASING* FINANCIERO BBVA

CLÁUSULA TERCERA.- ANTECEDENTES: Las partes declaran como antecedentes de la celebración del presente contrato los siguientes: a) EL (LOS) LOCATARIO(S) manifestó(aron) a BBVA COLOMBIA su voluntad de celebrar un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero sobre el(los) bien(es) que constituye(n) el objeto del presente contrato, como sus características técnicas y de funcionamiento; y son las que necesita(n) para su uso y goce; **así mismo declara(n) que conoce(n) EL PROVEEDOR, y ha(n) comprobado y aceptado su capacidad de cumplimiento y moralidad comercial, así como la calidad y condiciones del (de los) bien(es) objeto de este contrato..** c) EL (LOS) LOCATARIO(S) igualmente conoce(n) el estado del(de los) bien(es) y el(los) servicio(s) que puede(n) prestar, y declara(n) que es(son) apto(s) para el(los) fin(es) para el(los) cual(es) será(n) destinado(s), de acuerdo con las necesidades propias de su negocio. d) Para celebrar el contrato requerido por EL (LOS) LOCATARIO(S), BBVA COLOMBIA, acatando la instrucción irrevocable de EL (LOS) LOCATARIO(S), quien(es) asume(n) toda la responsabilidad derivada de esta instrucción; se obliga a comprar el(los) bien(es) por el valor indicado en el Anexo No. 1 Condiciones Generales, valor que incluye el impuesto a las ventas. El valor antes mencionado corresponde a la negociación efectuada por EL (LOS) LOCATARIO(S) con dicho PROVEEDOR, según consta en la factura proforma que se encuentra en poder de BBVA COLOMBIA y los BBVA COBanco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. CONTRATO DE *LEASING* FINANCIERO 2 términos de la mencionada negociación son

conocidos y aceptados por EL (LOS) LOCATARIO(S). Sin perjuicio de lo anterior, **BBVA COLOMBIA podrá convenir condiciones especiales, plazos, modalidades de pago, descuentos, etc., distintos y adicionales a los pactados por EL (LOS) LOCATARIO(S) con EL (LOS) PROVEEDOR(ES) del (de los) bien(es)**, siempre y cuando estas nuevas condiciones no desmejoren los derechos de EL (LOS) LOCATARIO(S), ni las previsiones para el uso de los bienes por parte de éste (estos). e) EL (LOS) LOCATARIO(S) conoce(n) la naturaleza y condiciones del presente contrato; al igual que el tratamiento contable y fiscal que él debe dar al mismo. Por lo anterior, EL (LOS) LOCATARIO(S) exime(n) al BBVA COLOMBIA de toda responsabilidad por los efectos fiscales que puedan derivarse de la celebración de este contrato.

CONTRATO *LEASING* DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO BANCOLOMBIA.

ANTECEDENTES. Las partes declaran como antecedentes a la celebración del presente contrato, los siguientes:

a. **EL LOCATARIO manifestó a *LEASING BANCOLOMBIA* su voluntad de celebrar un contrato de Arrendamiento Financiero *leasing* sobre el(los) bien(es) que constituye(n) el objeto de este contrato el(los) cual(es) se indica(n) en la Parte II Datos Generales del presente contrato, así como el constructor(es), fabricante(s), en adelante el(os) proveedor(es) y las condiciones materiales y financieras en que *LEASING BANCOLOMBIA* realizará la importación o la adquisición de el(los) bien(es) que desea tener para su uso, por ser quien conoce el servicio que puede(n) prestar.** Por lo tanto EL LOCATARIO, autoriza bajo su absoluta responsabilidad a *LEASING BANCOLOMBIA* para coordinar todo el proceso logístico tendiente a contratar, pagar y realizar los actos y contratos relacionados con la importación o adquisición del(los) bien(es) objeto de este contrato, tales como pero sin limitarse a consultas a entes de control, registros o licencias de importación, contratación de medios de pago internacional, seguros, fletes externos y/o internos, almacenamiento o depósito y nacionalización, siendo responsable EL LOCATARIO por los efectos aduaneros, cambiarios y demás normatividad que aplique. Igualmente será responsable por la veracidad y autenticidad de la información proporcionada a *LEASING BANCOLOMBIA* en el formato denominado Solicitud de Información para la Importación el cual hace parte integrante de este contrato, así como por la información contenida en los documentos entregados por el proveedor del exterior y/o sus representantes en Colombia.

b. **En consecuencia *LEASING BANCOLOMBIA* no será responsable por la idoneidad o características de el(los) bien(es) ni por sus calidades físicas**

y/o de funcionamiento, habida consideración de que éste(os) fue(ron) adquirido(s) de el(los) proveedor(es) seleccionado(s) de acuerdo con las características técnicas, estudios, planos y proyectos suministrados por EL LOCATARIO, quien es el responsable de su calidad, estado, condiciones y especificaciones. Por tal razón EL LOCATARIO declara que conoce y acepta el estado de el (los) bien(es) y los servicios que puede(n) prestar, por lo cual exonera a *LEASING BANCOLOMBIA* de toda responsabilidad en los eventos en que el(los) proveedor(es) despache(n) o entregue(n) de forma incompleta el(los) bien(es), así como por los daños, averías, desperfectos o vicios redhibitorios u ocultos que por cualquier causa presente(n) el(los) bien(es) e imposibilite su uso en forma parcial o total.

CONTRATO DE *LEASING* OPERATIVO HELM BANK

SEGUNDA. - ANTECEDENTES.- Las partes declaran como antecedentes a la celebración del presente contrato los siguientes: 1.) EL (LOS) LOCATARIO(S), manifestó (aron) a EL BANCO su voluntad de celebrar un contrato de *leasing* operativo sobre EL (LOS) BIEN(ES) que constituye(n) el objeto de este Contrato. 2) **EL (LOS) LOCATARIO(S), ha(n) escogido en forma autónoma y sin intervención de EL BANCO el (los) activo(s) objeto del presente contrato, así como su FABRICANTE O PROVEEDOR y por lo tanto declara(n) que conoce(n) su ubicación, características, especificaciones de su construcción, su situación jurídica y su estado actual, y que por lo tanto asumirá(n) los riesgos y demás efectos jurídicos de su elección, incluida la de carácter técnico derivada por el cambio de milenio.** De conformidad con lo anterior EL (LOS) LOCATARIO(S) excluye(n) expresamente a EL BANCO de toda responsabilidad por causa de esta elección. 3.) Para celebrar el contrato requerido por EL (LOS) LOCATARIO(S), EL BANCO ha adquirido EL (LOS) BIEN(ES) al PROVEEDOR descrito (s) en el cuadro de declaraciones, y es por lo tanto propietario del (los) mismo(s) conforme a la autorización impartida por EL (LOS) LOCATARIO(S). 4.) EL (LOS) LOCATARIO(S) conoce(n) el estado del EL (LOS) BIEN(ES) y los servicios que puede(n) prestar.

COMENTARIO: La cláusula posiblemente abusiva encontrada se da porque el banco quien es la parte dominante se exime de responsabilidad, al declarar que el LOCATARIO conoce(n) EL PROVEEDOR, y ha(n) comprobado y aceptado su capacidad de cumplimiento y moralidad comercial, así como la calidad y condiciones del (de los) bien(es) objeto de este contrato, es importante dar claridad que quien está adquiriendo el bien es el banco y no el LOCATARIO de esta manera la carga de comprobar esta idoneidad debería estar en cabeza del comprador, quien está prestando sus servicios,

La anterior abusividad la fundamentamos en:

1. La ley 1480 Artículo 43 establece como cláusula abusiva la siguiente causal; ...Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor...

Ahora bien el contrato de *leasing* es un contrato no tipificado por lo que encontramos un vacío de la ley comercial como de la ley civil, pero como el contrato de *leasing* se asemeja a un contrato de arrendamiento con opción de compra y el Código de Comercio no establece las obligaciones del arrendador ni del arrendatario, podremos acudir al artículo 2 del mismo que nos señala: ...En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil...[1] de acuerdo a ello para poder desarrollar nuestra idea la ley que regula el arrendamiento en Colombia es la ley 820 de 2003 artículo 8 Son obligaciones del arrendador, las siguientes:

1. Entregar al arrendatario en la fecha convenida, o en el momento de la celebración del contrato, el inmueble dado en arrendamiento en buen estado de servicio, seguridad y sanidad y poner a su disposición los servicios, cosas o usos conexos y los adicionales convenidos.

2. Mantener en el inmueble los servicios, las cosas y los usos conexos y adicionales en buen estado de servir para el fin convenido en el contrato.[2]

De esta cláusula también podemos destacar que el banco excluye al LOCATARIO de cualquier tipo de descuento o beneficio que le pueda dar el proveedor independizando convenientemente los acuerdos de voluntades banco – proveedor y banco- LOCATARIO, pero para los clausulados que tienen que ver con garantías del LOCATARIO, siempre la carga estará en cabeza del LOCATARIO.

Dentro de otros contratos analizados encontramos que el Banco de Occidente en su clausulado de *leasing* habitacional también se expone a la abusividad trasladando al locatario directamente la responsabilidad sobre cualquier daño o siniestro que tenga el bien, donde se expone de igual manera que EL BANCO no asume ninguna responsabilidad por la idoneidad del bien, ni por sus condiciones de funcionamiento, ni sus cualidades técnicas, daños, siniestros, pérdidas, defectos físicos, vicios ocultos, o por error del fabricante o proveedor en el ensamble o correcta instalación bien, ni por los riesgos inherentes al transporte y/o importación de los mismos. Identificando dichas especificaciones se encuentra que la abusividad cuando el banco no asume ningún compromiso y así las cosas, cualquier reclamo basado en las causas, deberá ser presentada directamente por EL LOCATARIO al proveedor.

II. La cláusula que exonera de la obligación de entrega a la *leasing*.

CLÁUSULA SEXTA.- ENTREGA: En desarrollo de lo previsto en las cláusulas anteriores, **BBVA COLOMBIA delega la gestión para la entrega del (de los) bien(es) en EL (LOS) LOCATARIO(S), debiendo él(ellos) realizar los trámites necesarios para tal fin ante EL (LOS) PROVEEDOR(ES) del (los) mismo(s) y así lo acepta(n) expresamente EL (LOS) LOCATARIO(S).** En virtud de la referida delegación y de la circunstancia de que las

condiciones de EL PROVEEDOR han sido conocidas y aceptadas por EL (LOS) LOCATARIO(S), BBVA COLOMBIA no responderá por la calidad, ni por demoras en la entrega del(de los) bien(es) por parte de EL (LOS) PROVEEDOR(ES), corriendo por cuenta de EL (LOS) LOCATARIO(S) todas las gestiones necesarias en orden a asegurar y acelerar dicha entrega, así como las consecuencias derivadas de un eventual incumplimiento por parte de EL (LOS) PROVEEDOR(ES). Por lo demás y por la misma razón, EL (LOS) LOCATARIO(S) asume(n) la responsabilidad derivada de las condiciones en que se reciba(n) el (los) bien(es) y de las gestiones necesarias para dicho recibo. En ningún caso, EL (LOS) LOCATARIO(S) podrá(n) aceptar bienes distintos de los mencionados en la cláusula inmediatamente anterior, ni convenir con EL PROVEEDOR condiciones diferentes de entrega. Sin perjuicio de lo expresado, en caso de que entre la fecha de la firma del presente contrato y la de entrega del(los) bien(es) dado(s) en *leasing* o arrendamiento financiero, se produzca cualquier clase de incumplimiento a cargo de EL (LOS) LOCATARIO(S), BBVA COLOMBIA tendrá la facultad, de pedir a EL (LOS) PROVEEDOR(ES) la suspensión y aún la eliminación de la entrega del(de los) bien(es) objeto de éste contrato.

COMENTARIO: La abusividad que encontramos en esta cláusula, se basa en el traslado de responsabilidad que hace el banco hacia el locatario, al designar y responsabilizar a éste para recibir el bien objeto del contrato y más a un cuando se exonera de cualquier tipo de responsabilidad que se genere por la demora o incumplimiento del proveedor.

De acuerdo con la ley 1480 de 2011 este cláusula se adecua al numeral 2 del artículo 43 que señala como cláusula abusiva aquella que impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden.

Ahora bien, el banco es quien realiza un contrato de compraventa con el proveedor; de acuerdo con el libro de Bonivento Fernández, fundamentalmente el comprador se obliga, como preceptúa el artículo 1928 de Código Civil a pagar el precio convenido. Pero alrededor de esta, surgen otras que se desprenden de la naturaleza misma del como son: la de recibir la cosa.^[3]

El momento para el pago de acuerdo con el artículo 1929 del código civil cuando dice que debe realizarse en el tiempo de la entrega, a falta de estipulación son los contratantes quienes ordinariamente señalan el momento y forma de entrega en este caso los contratantes son la empresa de *leasing* y el proveedor nunca el LOCATARIO.

Es importante también aclara que en derecho comercial el artículo 943 dice y que el comprador estará obligado a recibir la cosa en el lugar y tiempo estipulados y en su defecto en el lugar y en el tiempo fijados por la ley para la

entrega so pena de indemnizar al vendedor los perjuicios causados por la mora.

Ahora bien si quien incumple con la entrega es el vendedor quien tiene en cabeza las acciones para obligar al vendedor, es el comprador en este caso el banco, es así como el artículo 1882 inciso 2 del código civil consigna los efectos del cumplimiento del vendedor, cuando dice: si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.^[4] La no entrega del bien por parte del proveedor configura evidentemente un incumplimiento de la *leasing* de su obligación de entrega y desnaturaliza inmediatamente el objeto del contrato, por lo que la cláusula tiene rasgos de abusividad.

En el contrato de Bancolombia no encontramos abusividad en la entrega a continuación la cláusula de entrega de dicho contrato.

ENTREGA. La entrega de él (los) bien(es) objeto del contrato la realizará el(los) proveedor(es) de el(los) bien(es) que constituye(n) el objeto de éste, en los términos señalados para la adquisición de los mismos por EL LOCATARIO. El(los) proveedor(es) o en su caso EL LOCATARIO comunicará(n) a LEASING BANCOLOMBIA que se ha entregado el(los) bien(es) objeto del contrato.

III. La cláusula que exime de responsabilidad a la *leasing* sobre la calidad e idoneidad de los bienes adquiridos.

CLÁUSULA SÉPTIMA.- CESIÓN DE GARANTÍAS: Si se presenta alguna circunstancia que imposibilite a el (los) constructor(es), fabricante(s) o proveedor(es) ejecutar los actos encaminados al cumplimiento de su obligación, o si se presentare una fuerza mayor o caso fortuito que igualmente imposibilite el cumplimiento de las obligaciones, BBVA COLOMBIA queda liberado de toda responsabilidad y deberá EL (LOS) LOCATARIO(S) cancelarle los gastos en que directa o indirectamente incurra en el proceso de construcción, fabricación o adquisición del (de los) bien(es) objeto de este contrato, incluyendo el valor de los anticipos y cualesquiera perdidas, impuestos, derechos, fletes, gastos de transporte o de cualquier otro tipo, en virtud del mandato bajo el que actúa BBVA COLOMBIA frente a EL (LOS) LOCATARIO(S) para la adquisición de el(los) bien(es) objeto del contrato. En el evento anterior BBVA COLOMBIA cederá, transferirá o endosará dentro del mes siguiente al incumplimiento, el(los) contrato(s), documento(s), título(s) y pólizas en los que consten las obligaciones de el(los) constructor(es), fabricante(s) o proveedor(es) a EL (LOS) LOCATARIO(S) adquiriendo este(os) la titularidad de las acciones y los derechos que tiene BBVA COLOMBIA frente a el(los) constructor(es), fabricante(s) o proveedor(es) de el(los) bien(es), pudiendo EL (LOS) LOCATARIO(S) exigir directamente a dicho(s)

constructor(es), fabricante(s) o proveedor(es) el cumplimiento del contrato respectivo o pedir la resolución de el(los) mismo(s) con resarcimiento de daños y perjuicios, frente a las autoridades respectivas. Los valores que en los eventos descritos adeude EL (LOS) LOCATARIO(S) a BBVA COLOMBIA deberán ser cancelados previamente por EL (LOS) LOCATARIO(S) para la entrega de la documentación, con la cual se ceden los derechos de BBVA COLOMBIA frente a el (los) constructor(es), fabricante(s) o proveedor(es).

CONTRATO LEASING DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO BANCOLOMBIA.

CESIÓN DE LAS GARANTÍAS. Si se presenta alguna circunstancia que imposibilite al(los) proveedor(es) ejecutar los actos encaminados al cumplimiento de su obligación, o si se presentare una fuerza mayor o caso fortuito que igualmente imposibilite el cumplimiento de las obligaciones, *LEASING BANCOLOMBIA* queda liberado de toda responsabilidad y deberá EL LOCATARIO cancelarle los gastos y los costos en que directa o indirectamente incurre en el proceso de construcción, fabricación o adquisición de el(los) bien(es) objeto de este contrato, incluyendo los valores pagados al(los) proveedor(es), comisiones pactadas y no pagadas y cualesquier otra pérdida, impuestos, derechos, fletes, gastos de transporte o de cualquier otro tipo, en virtud del mandato bajo el que actúa *LEASING BANCOLOMBIA* frente a EL LOCATARIO para la adquisición de el(los) bien(es) objeto del contrato.

En el evento anterior *LEASING BANCOLOMBIA* cederá y/o transferirá el(los) documento(s), en los que consten las obligaciones del(los)proveedor(es) a EL LOCATARIO, dentro del mes siguiente a que se presente alguna de las situaciones descritas en el párrafo anterior, quedando EL LOCATARIO como titular de las acciones y los derechos que tiene *LEASING BANCOLOMBIA* frente a el(los) proveedor(es) de el(los) bien(es), pudiendo EL LOCATARIO exigir directamente a dicho(s) proveedor(es) el cumplimiento del contrato respectivo o pedir la resolución de el(los) mismo(s) con resarcimiento de daños y perjuicios, frente a las autoridades respectivas. Los valores que en los eventos descritos adeude EL LOCATARIO a *LEASING BANCOLOMBIA* deberán ser cancelados previamente por EL LOCATARIO a *LEASING BANCOLOMBIA*, para que proceda la cesión y/o transferencia de los documentos frente al(los) proveedor(es) y/o transferencia del (los) bien(es) a EL LOCATARIO, que se encuentren a nombre de *LEASING BANCOLOMBIA*, previa terminación del presente contrato.

PARÁGRAFO: Una vez iniciado el plazo del presente contrato, EL LOCATARIO queda subrogado en los derechos de *LEASING BANCOLOMBIA*, frente a el(los) proveedor(es) del(los) bien(es), pudiendo EL LOCATARIO presentar directamente a dicho(s) proveedor(es) cualquier reclamación relacionada con

el(los) mismo(s). EL LOCATARIO será responsable de las reclamaciones realizadas en virtud de lo aquí establecido y notificará por escrito a *LEASING*

BANCOLOMBIA el resultado de las mismas

COMENTARIO, Esta cláusula le traslada las acciones, para solicitar las garantías e indemnizaciones en caso que haya lugar a estas al LOCATARIO, por incumplimiento del proveedor o de la cosa entregada en *leasing* lo cual disminuye el riesgo en el contrato, pero esta cesión debería ser plena e inmediata y en este caso tarda un mes el traslado de la garantía al LOCATARIO.

De acuerdo con la ley 1480 de 2011, artículo 43, numeral 4, se considera como cláusula abusiva que ...Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor...

Artículo 5 de la misma ley nos enseña las definiciones y el numeral 5 de artículo ya mencionado nos indica ...Garantía: Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto...

Como lo define el artículo anteriormente citado, garantía es solidaria entre el productor y podemos ubicar a la empresa de *leasing* como el proveedor.

Artículo 6°. *Calidad, idoneidad y seguridad de los productos.* Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

Parágrafo. Para efectos de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y los bienes y servicios que se comercialicen, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, expedirá los Registros Sanitarios, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, que ordena el control y la vigilancia sobre la calidad y seguridad de los mismos.

Artículo 10. Responsables de la garantía legal. Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.

Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 16 de la presente ley.

Se encontró también este tipo de cláusula en el contrato de *leasing* del Banco Popular S.A. donde el **BANCO** cederá, transferirá o endosará los documentos, títulos y pólizas en los que consten las Obligaciones del **PROVEEDOR** al **LOCATARIO**, dentro del mes siguiente al incumplimiento, quedando **EL LOCATARIO** como titular de las acciones y los derechos que tiene el **BANCO**, frente al constructor **PROVEEDOR** del bien, con resarcimiento de daños y perjuicios, frente a las autoridades respectivas. Los valores que en los eventos descritos adeude **EL LOCATARIO** al **BANCO** deberán ser cancelados previamente por **EL LOCATARIO** para la entrega de la documentación, con la cual se cede los derechos del **BANCO** frente al **PROVEEDOR**, este inciso también explica que esta obligación que debería ser directa se mantiene un plazo o periodo incomprensible para el **LOCATARIO** que es una de las partes activas del contrato de *leasing*.

- IV. La cláusula que no reconoce las mejoras realizada al bien objeto del contrato y que podría llegar a constituir un enriquecimiento sin justa causa para la empresa de *LEASING*.

CLÁUSULA NOVENA.- DESTINACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL (LOS) BIEN(ES): El (los) bien(es) será(n) utilizado(s) por EL (LOS) LOCATARIO(S) y por el personal a su servicio, para los fines a los cuales está(n) destinado(s), según su naturaleza y con el cuidado debido, siendo operados por EL (LOS) LOCATARIO(S) directamente o por intermedio de personal calificado. El uso normal del (de los) bien(es) será el establecido por el PROVEEDOR. EL (LOS) LOCATARIO(S) no podrá(n) modificar las características del (de los) bien(es) o del equipo entregado en *leasing* o Arrendamiento Financiero, sino con autorización expresa de BBVA COLOMBIA. **Cualquier parte o accesorio incorporado al bien, así como las mejoras o adiciones efectuadas, se entienden parte integrante del mismo y, en consecuencia, son propiedad**

de BBVA COLOMBIA, sin que éste esté obligado a ninguna compensación. BBVA COLOMBIA no tendrá responsabilidad alguna en relación con el costo o duración de las reparaciones o mejoras realizadas sobre el(los) bien(es) objeto del contrato, no pudiendo EL (LOS) LOCATARIO(S) exigir la terminación del contrato, ni la disminución del canon de arrendamiento con tal fundamento.

CONTRATO LEASING DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO BANCOLOMBIA.

OBLIGACIONES DE EL LOCATARIO. En desarrollo del presente contrato, además de las obligaciones contenidas en el mismo, **EL LOCATARIO se obliga a: Obtener autorización expresa de LEASING BANCOLOMBIA para levantar, construir, realizar e instalar cualquier pieza(s) o mejora(s) sobre el(los) bien(es) objeto del presente contrato, las cuales estarán a cargo de EL LOCATARIO sin que por ella(s) tenga derecho a compensación, restitución o indemnización alguna.** En el evento de las mejoras locativas, las mismas podrán ser retiradas a la finalización del contrato siempre y cuando su retiro no cause detrimento del(los) bien(es).

CONTRATO DE LEASING OPERATIVO HELM BANK

SEXTA.- TENENCIA, MANTENIMIENTO Y REPARACION DE EL (LOS) BIEN(ES).- EL (LOS) BIEN (ES) materia de este contrato es (son) de propiedad exclusiva de EL BANCO. Desde el momento de su entrega y hasta su devolución a EL BANCO, **EL (LOS) LOCATARIO(S) asumirá(n) todos los riesgos y será(n) responsable(s) por su utilización, conservación y mantenimiento.** De la misma forma, será(n) responsable(s) por cualquier pérdida o daño que éste sufra. EL (LOS) BIEN (ES) será(n) utilizado (s) para los fines que está(n) destinado(s) según su naturaleza, con el cuidado debido, y en ningún caso para actividades ilícitas o prohibidas. El uso normal de EL (LOS) BIEN(ES) será el establecido por el PROVEEDOR y EL (LOS) LOCATARIO(S) obligándose a celebrar con el PROVEEDOR o con la persona autorizada por EL BANCO los contratos de mantenimiento para la conservación y el buen funcionamiento de EL (LOS) BIEN(ES). PARAGRAFO PRIMERO.- Serán de cargo de EL (LOS)LOCATARIO(S), **mientras EL (LOS) BIEN(ES) se encuentre (n) en su poder o bajo su responsabilidad, los gastos de reparación y mantenimiento incluidos los repuestos del mismo. Los repuestos se entenderán incorporados a EL (LOS) BIEN(ES) y de propiedad de EL BANCO, sin que EL (LOS) LOCATARIO(S) tenga(n) derecho a compensación alguna por este concepto. Las mejoras de (LOS) BIEN(ES) objeto de este contrato sólo podrán ser efectuadas por EL (LOS) LOCATARIO(S) previa autorización por escrito de EL BANCO. Tales mejoras serán de propiedad exclusiva de EL BANCO y en ningún caso serán indemnizadas a EL (LOS) LOCATARIO(S).**

COMENTARIO: Podemos asimilar el anterior clausulado a la accesión que es un modo de adquirir el dominio que consiste en que el dueño de una cosa se convierte en dueño de todo lo que la cosa produzca o de lo que se adhiera a ella.

En el caso de la adjunción debe haber desconocimiento por parte de un dueño y no haber mala fe por parte del otro, aquí lo accesorio sigue a lo principal, pero se debe indemnizar al dueño de lo accesorio, por ejemplo el joyero a una gargantilla de oro le adhiere esmeraldas, pero las esmeraldas son de Juan; el joyero no lo hizo de mala fe, y Juan tenía desconocimiento del hecho, como lo principal es la gargantilla y lo accesorio las esmeraldas al joyero le corresponde indemnizar a Juan.

El artículo 882 del código de comercio en su inciso tercero se refiere a la acción de enriquecimiento sin causa del acreedor cuando el título caduca o prescribe, dicho artículo establece lo siguiente:

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.

Respecto a este tema la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil en sentencia 21 de mayo de 2002 expediente 7061, se refirió a la acción de enriquecimiento sin causa del acreedor cuando el título valor ha caducado o prescrito, dicha sentencia dice:

Acción de enriquecimiento cambiario. Su fundamento, lejos de reducirse a una degradación procesal de las acciones cambiarias de suyo incomprensible, acaba por identificarse en últimas con el que le sirve de soporte a la acción común por enriquecimiento sin causa a expensas de otro, acción esta que a la manera de los principios generales de derecho, domina los textos positivos como expresión inmediata e imperativa de la nación de equidad.

Se requiere, para su exitoso ejercicio, de un lado, que el acreedor, ante la pérdida tanto de la acción cambiaria como de la causal contra los obligados al pago del instrumento, carezca de otro medio para remediar el daño; del otro, que el responsable por el pago haya obtenido un provecho ilícito con ocasión de la emisión o de la transferencia del título y, por último, un empobrecimiento correlativo que, en sentido amplio, corresponde al perjuicio acaecido al demandante.

- V. La cláusula que no ofrece acciones al LOCATARIO, frente a vicios ocultos en el bien objeto del contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA.- SANEAMIENTO DE LA VENTA: Dados los antecedentes consignados en ese documento, **EL (LOS) LOCATARIO(S) expresamente exonera(n) al BBVA COLOMBIA de cualquier responsabilidad por la idoneidad del(de los) bien(es), su rentabilidad, su funcionamiento, sus características técnicas, y por los vicios ocultos o redhibitorios que puedan existir. Esta exoneración está dada con la aceptación expresa de EL (LOS) LOCATARIO(S) que BBVA COLOMBIA delega en el PROVEEDOR o su representante en Colombia, el cumplimiento de las responsabilidades anteriormente expresadas.** A su turno, BBVA COLOMBIA confiere poder especial, amplio y suficiente, desde la fecha de la firma de este contrato, a EL (LOS) LOCATARIO(S), con la finalidad de que en su nombre haga(n) efectiva las acciones a que haya lugar, excepto la acción resolutoria.

CONTRATO LEASING DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO BANCOLOMBIA.

1. ANTECEDENTES. Las partes declaran como antecedentes a la celebración del presente contrato, los siguientes:

b. En consecuencia *LEASING* BANCOLOMBIA no será responsable por la idoneidad o características de el(los) bien(es) ni por sus calidades físicas y/o de funcionamiento, habida consideración de que éste(os) fue(ron) adquirido(s) de el(los) proveedor(es) seleccionado(s) de acuerdo con las características técnicas, estudios, planos y proyectos suministrados por EL LOCATARIO, quien es el responsable de su calidad, estado, condiciones y especificaciones. Por tal razón EL LOCATARIO declara que conoce y acepta el estado de el (los) bien(es) y los servicios que puede(n) prestar, por lo cual exonera a *LEASING* BANCOLOMBIA de toda responsabilidad en los eventos en que el(los) proveedor(es) despache(n) o entregue(n) de forma incompleta el(los) bien(es), así como por los daños, averías, desperfectos o vicios redhibitorios u ocultos que por cualquier causa presente(n) el(los) bien(es) e imposibilite su uso en forma parcial o total.

COMENTARIO: Se puede evidenciar en todo el contrato que el llamado LOCATARIO, no tiene ninguna garantía frente al bien objeto del contrato, es importante aclarar que quien tiene la acción para obligar al proveedor a responder es el banco ya que dentro de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, está la obligación de saneamiento ya sea por evicción o por vicios redhibitorios también llamados vicios ocultos de la cosa; entonces cuando una cosa vendida presenta vicios redhibitorios el comprador tiene la facultad de iniciar una acción redhibitoria, que es la denominada por el artículo 1914 del código civil así:

se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios

15. CONCLUSIONES

El contrato de *leasing* tiene como característica que es de adhesión y el desequilibrio generado por el poder de negociación excesivo de la *leasing* es una fuente de posibles abusos que impone un control por parte del legislador a este tipo de contratos.

Podemos concluir de nuestra investigación, que si bien se podría alegar el carácter abusivo de varias de las cláusulas de los contratos de *leasing*, el aspecto que crea una desventaja evidente al LOCATARIO es la garantía del producto, pues a pesar que todos los contratos analizados hacen una cesión de esta, al LOCATARIO para que él personalmente pueda pedir la garantía, esta no se da de una forma directa ni inmediata, lo cual puede causar graves perjuicios al LOCATARIO. Ese ligamen con la garantía del bien entre el proveedor y el locatario pone en entredicho además la teoría según la cual el proveedor no es parte del contrato.

Para poder ejercer las acciones correspondientes al incumplimiento por parte del proveedor, en el contrato de *leasing* deberían existir cláusulas especiales para que el tomador conozca y pueda ejercer las acciones pertinentes respecto a la garantía directamente con el proveedor, sin previa autorización de la empresa de *leasing* y de inmediato.

En general, la tendencia de la *leasing* a desvincularse de las obligaciones nacidas de la compraventa celebrada con el proveedor constituyen una fuente latente de abusividad.

Ahora bien, la abusividad se encuentra regulada en Colombia en los contratos de consumo y un gran número de contratos de *leasing* son comerciales por lo que quedarían fuera de la cobertura de la ley 1480 de 2011. La opción que queda es que estos contratos sean regidos por la ley 1328 de 2009, salvo en el caso de *leasing* operativo, aplicando el listado de cláusulas contemplado en la misma norma. Eventualmente habría que acudir a los viejos criterios aplicados por los cortes colombianos, basados en principios generales del derecho, sistema que se torna arcaico para controlar estos abusos. En síntesis, el sistema legal colombiano se evidencia insuficiente para controlar el abus contractual en el contrato de *leasing*, aunque deben destacarse los avances surgidos en la materia en el último decenio.

El gran jurisconsulto romano Celso⁸² definía el derecho como algo que

⁸² GONZALEZ, Díaz Lombardo, Compendio de Historia del Derecho y del Estado, Editorial Limusa Grupo Noriega Editores, Mexico D.F 2004 Pag.129.

involucraba necesariamente lo equitativo en ese orden los contratos analizados no se ajustan al derecho y deben ser revisados en doctrina, jurisprudencia y ley.

BIBLIOGRAFIA

CONCÉPTOS:

1. CAMARA DE COMERCIO, Cláusulas Abusivas y Obligaciones del *leasing*, Concepto 2011066277-001, Bogotá D.C., 2011, Pág. 19.
2. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa, IV Curso de Formación Judicial inicial para Magistrados, Jueces y Juezas de la República, Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales, Fiducia Mercantil. *leasing* y Agencia Comercial, Marco Antonio Álvarez Gómez, Magistrado.
3. GHESTIN & MARCHESSAUX, Asociación Española de *leasing*, Salamanca-España, 1991, Pág. 65.
4. EL *LEASING* EN COLOMBIA: diagnóstico e impacto sobre la inversión y el crecimiento María Angélica Arbeláez - Fabio Villegas - Natalia Salazar.
5. JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los Contratos Típicos, consagrados por normas dispositivas, VIII La Plata, Argentina, Comisión No. 3.
6. Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los Contratos típicos, consagrados por normas dispositivas, VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Argentina, Comisión No. 3.
7. TRATADO DE DAÑOS REPARABLES, Daños derivados de la violación a los principios generales del Derecho, Director Carlos A. Ghersi, Coordinadora Celia Weingarten, La Ley Buenos Aires, Argentina, Título I Pág. 426.
8. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA .Cláusulas Abusivas, Cargos Adicionales y prima de Prepago de Créditos, Concepto 2011066277-001, Bogotá D.C., 19 de octubre de 2011, Pág. 2.
9. TESIS DE GRADO, Universidad Complutense, Vidal Blanco, Carlos, El *leasing* innovación en la Técnica de la Financiación, Madrid España, 1993, Pág. 56.
10. UNIDROIT, La Convención sobre *leasing* financiero internacional, precisa en su artículo 2º como característica de este contrato, que es ...el arrendatario –el que- especifica el equipo y selecciona el proveedor, sin basarse en la destreza y criterio del arrendador, Ottawa, 28 de mayo de 1988.

CONFERENCIAS:

11. LORENZETTI, Ricardo, Conferencia CONSUMIDORES, Pág. 253
12. *MODULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO*, Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá, Promoción 2009, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, Colombia, Pág. 50
13. ORTEGA JARAMILLO Mauricio, Mecanismo de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos internacionales., conferencia XIII Congreso Derecho Comercial, Cámara De Comercio de Medellín-Colombia,2008.
14. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, IV CURSO DE FORMACION JUDICIAL INICIAL PARA MAGISTRADOS, MAGISTRADAS, JUECES Y JUEZAS DE LA REPÚBLICA, Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales, Fiducia Mercantil. leasing y Agencia Comercial, Marco Antonio Álvarez Gómez, Magistrado, del 26 de Diciembre de 2008 al 2 de Enero de 2009.

JURISPRUDENCIA:

15. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000*
16. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia 160 de 17 de agosto de 2001, expediente 6942.*
17. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia de 28 de agosto de 2008, expediente 1997-14171*
18. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sentencia C-1141 de 30 de agosto de 2000.*
19. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp:6462 Folio 10-14.*
20. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp:6462 Folio 20-26.*
21. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp: 6462, Folio 30-39.*
22. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp: 6462 Folio 39-72.*
23. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo, Bogotá D.C., 2002, exp:6462 Folio 40-46*
24. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Civil, *Sentencia del 3 de mayo de 2005 exp.1999-04421.*
25. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Civil, *Sentencia del 25 de julio de 2011 exp. 11001 3103 023 1997 24619.*
26. DERECHOS DE CONSUMIDOR, Responsabilidad Solidaria, Jurisprudencia. Fideicomisos en Garantía. Banco Hipotecario. Condena. Vicios en inmueble fideicomitido, Cámara Nacional de

Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, Buenos Aires, junio 14 de 2005.

LIBROS:

27. AUSTIN, John, Teoría del mandato, Teoría General del Derecho, Bogotá, 2010, Pág. 1 a la 3.
28. BARREIRA, Eduardo Delfino, *leasing Aspectos Jurídicos; Contables; Impositivos y Operativos*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, Argentina D.C. 1999..
29. BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1997.
30. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, *Los principales Contratos Civiles y Comerciales-Contrato de Compraventa*, Edición XI, Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá D.C., 1995.
31. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, *Los principales Contratos Civiles y Comerciales Tomo II*, librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá D.C., 2008.
32. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *El Contrato de leasing Financiero*, Editorial Temis, Bogotá 1984, Pág. 99.
33. FRIAS LOPEZ, Ana, *Los Contratos Conexos*, Editorial Bias S.E. , Madrid-España, 2000
34. GONZALEZ, Diaz Lombardo, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Editorial Limusa Grupo Noriega Editores, Mexico D.F 2004 Pag.129.
35. H. ZENTNER, Diego, *Revisión del Contrato de Consumo, Efectos: Nulidad Parcial e Integración*, Buenos Aires, Argentina, 2010, 10.2.4., Pág. 198
36. LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, Vol. I, Editorial Ariel, Madrid-España, 2000.
37. LEIVA SAAVEDRA, José, *El Contrato de leasing*, Lima Perú, 1999.
38. LINARES V. PRETÓN, Samuel, *Historia del leasing*, Editorial Esponsa Buenos Aires, 1997.
39. MADRIÑAN DE LA TORRE, Santiago, *El leasing en Colombia*, Editorial Montoya & Araujo, Colección III-Folletos Bogotá D.C. , 1986.
40. MAEECHA, José Luis, *Contratos Especiales*, Lima-Peru-2009, Pág. 8 de 45
41. MONTOYA ALBERTY, Ullisis, *Derecho Comercial, Parte General*, Tomo I Lima Perú, 1997.
42. REYES LOPEZ, María José, *Manual de Derecho Privado del Consumo- La Contratación en Masa*, Editorial La ley, Madrid, España, 2009.
43. SERRA, Daniel, *Las Cláusulas Abusivas*, la Dir. CE 13/93 La Pretensión del Marco Común Europeo de Protección contra las

- Cláusulas Abusivas en Contratos con los Consumidores, Valencia-España, 2002.
44. STIGLITZS. Rubén y Stiglitz A. Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, editorial La Ley, Buenos Aires, 2012.
 45. V. BROSETA, Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos, Edición 3, Madrid España, 1978.
 46. V. MESSINEO, Francesco, Doctrina General del Contrato, EJE, Traducción Tercera Edición Italiana, Tomo II, Buenos Aires, 1952.
 47. VEGA GARCIA, Oscar, Derecho Comercial y Societario, librería Ediciones del profesional, Capítulo 10, Pág. 14,15.
 48. VELARDE, Tovar Jorge, Legislación Bancaria Colombiana, Sobre Operaciones de Arrendamiento Financiero, Tomo II, Lima Peru, 1993 Pág. 323
 49. VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos, Introducción al Derecho del Consumo, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2012.
 50. ZENTNER, Diego H, Contrato de Consumo, Buenos Aires, Argentina, 2010.
-

PAGINAS DE INTERNET:

51. <http://www.fedeleasing.org.co/constitucion.htm>
 52. <http://www.fedeleasing.org.co/generales.htm> .
-

REVISTAS:

53. ETIBARRIGUIA BIEBER, María Laura, Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina, Revista Buenaverence, Buenos Aires- Argentina, 2003, Pág. 3
54. GARCIA GARNICA, María del Carmen, El Régimen Jurídico del *leasing* Financiero Inmobiliario en España, Editorial Aranzadi, Revista Critica Alcano, Madrid-España, Pág. 180.
55. GARRIGUES, Revista Novedades Reestructuraciones e Insolvencias, Resoluciones Judiciales Comentadas, J & A Garrigues S.L.P., Hermsilla, Madrid-España, Diciembre de 2010, Pág. 1-8.

56. GUAL ACOSTA, José Manuel, El control sobre las Cláusulas Abusivas un Régimen de Evolución, Revista Iusta, Universidad Santo Tomas, No. 30 Enero- Junio-Año 2009, Bogotá D.C. Pág. 16-17-19.
57. M. PACHECO, Cañeiz, Naturaleza Jurídica del *leasing* Inmobiliario. Reflexiones a la Luz de la ley Concursal, Revista de Derecho Mercantil, No. 255 Enero- Marzo, Bolivia, 2005, Pág. 83-110.
58. SUESCUN DE ROA, Felipe, Control Judicial de las Clausulas Abusivas en Colombia-Una Nueva Causal de Nulidad, Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, No. 41 Septiembre de 2009, Bogotá D.C. Pág. 9-10.
59. STIGLITZ, S. Rubén y STIGLITZ A. Gabriel, Contratos Por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección Al Consumidor, Ediciones de Palma, Universidad de Texas, 1985, Pág. 93.
60. TRELLES ARAUJO, Gustavo, *Instrumentos, Inversiones y Riesgos Financieros*, Revista Century, Lima-Peru-2003, Pág. 2-3-5.
61. VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, Los Contratos de Consumo en el Derecho Colombiano y el Derecho Comparado, Revista Facultad de Ciencias Económicas, Investigación y Reflexión, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. XIX, Núm. 2 , Diciembre de 2011, Bogotá D.C. Pág. 173 a la 175.

NORMAS:

62. CÓDIGO DE COMERCIO, DECRETO 410 DE 1971, (marzo 27) Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, artículo 2.
63. Código de Comercio Colombiano, Libro I, Título II , Art 20 Numeral 2, Editorial Temis Pág. 20
64. CONSTITUCIÓN 1978, España, Art 58 trae como mandato, la protección de consumidores y usuarios. Ese mandato se desarrolló con la LGDCU de 1984 reformada por la ley 7 de 1998 que incorpora la Dir. CE 13/93 al derecho español. La proliferación de condiciones generales de contratos a causa de la contratación moderna por adhesión llevó a España a iniciar un proceso de protección contra esas condiciones generales en temas de seguros desde la década del ochenta Madrid-España, Tejedor, 2000, Pág. 9-11; Lasarte, 1999, Pág. 141-142.
65. DIRECTIVA 1999, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.
66. LEY FINANCIERA Y DE FINANCIAMIENTO, Tramitación de *leasing* y su duración, Lima-Perú, del 24 de Enero de 1990. Art 3.
67. LEY 26 DE 1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

68. LEY 820 DE 2003, (julio 10) Diario Oficial No. 45.244, de 10 de julio de 2003 Artículo 8 numerales 1 y 2.
 69. SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y SEGUROS, Circular NO B-1763-87 del 22 de Abril de 1987, Bogotá D.C. Pág. 23-29.
 70. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, Libro IV, Título XXX, Artículo 2221, Editorial Legis, Año 2005 Pág. 343
 71. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, Libro IV, Título I, Artículo 1497 al 1500 Editorial Legis, Año 2005 Pág. 238 y 239
-