

Obligaciones a cargo del locatario en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, que no guardan relacion con su calidad de tenedor¹

Lessee's Liabilities In The Leasing Housing Contract Intended For Family Dwelling Purposes Not Related To His Holder Quality

MARÍA CRISTINA ARRIETA BLANQUICETT²

Este artículo es un extracto de la investigación denominada "Análisis jurídico de las cláusulas del contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar frente a la posición contractual que ocupa el locatario", investigación que fue presentada como requisito para obtener el título de Magister en Derecho Comercial en la Universidad Externado de Colombia.

- 1 Fecha de recepción: 8 de abril de 2012. Fecha de aceptación: 25 de junio de 2015. Para citar el artículo: Arrieta, M. "Obligaciones a cargo del locatario en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, que no guardan relacion con su calidad de tenedor". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 14, n.º 1, enero-junio, 2015. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.04>
- 2 Abogada de la Universidad del Cauca, especialista en derecho contractual y relaciones jurídico negociales, Magister en Derecho Comercial Universidad Externado de Colombia, cristi197629@yahoo.com

RESUMEN

El contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, se implementó en Colombia desde hace más de una década, siendo de mucha utilidad para el desarrollo de la economía del País, en especial para la adquisición de vivienda.

A pesar de su gran utilidad con la ejecución del mismo, han surgido múltiples conflictos, razones por las que es imperioso construir una regulación legal armonizada con su filosofía, como lo es "Crear nuevos mecanismos de financiación de vivienda a largo y mediano plazo en Colombia". Todo lo anterior, para poderle dar un amplio desarrollo al postulado establecido en el artículo 51 de la Constitución Política de 1991, en el que se garantiza el derecho a acceder a una vivienda digna.

Comoquiera que la regulación jurídica del leasing habitacional con destino a la vivienda familiar ha sido bastante escasa y teniendo en cuenta su naturaleza atípica, se requiere identificar cuáles son las obligaciones que surgen para los contratantes, especialmente para el locatario; teniendo en cuenta que entre este y el bien dado en leasing existe una relación tenencial.

El leasing habitacional con destino a la vivienda familiar además de ser un contrato atípico, también es un contrato de carácter financiero, razones por las que las entidades autorizadas para celebrar este tipo de operaciones imponen al locatario diversas cláusulas que pueden ser ajenas a la calidad de tenedor que tiene el locatario; y por ende, podrían resultar abusivas a la luz de la Constitución Política, la ley y la doctrina referente a la protección al consumidor.

Conforme a la anterior realidad, tanto el legislador como la Corte Constitucional han establecido directrices para la implementación de mecanismos que propendan por la protección del locatario, teniendo en cuenta que el objeto del contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, recae sobre un derecho humano³.

Así las cosas, resulta útil identificar cuáles son las obligaciones a cargo del locatario que no guardan relación con su calidad de tenedor; para poder valorarlas y concluir que estas, riñen con las políticas de protección establecidas para el locatario.

Palabras Claves: leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, tenedor, tenencia, cláusula abusiva, contrato de adhesión, locatario.

3 Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". artículo 25 numeral 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU.

ABSTRACT

The leasing housing contract intended for family dwelling purposes was enforced in Colombia for nearly a decade, being quite useful for developing the country economy, in particular for the purchase of home.

Despite the usefulness when executing it, several conflicts have arisen, reason why it is mandatory to build a legal regulation harmonized with its philosophy, such as "Creating new long and medium-term home financing mechanisms in Colombia". All the foregoing in order to give a wide development to the postulate set forth in article 51 of the Political Constitution of 1991 that ensures the right to access to a decent housing.

Since the legal regulation of housing leasing intended to family dwelling has been scarce and keeping in mind its atypical nature, it is required to identify what are the liabilities that arise to the contracting parties, in particular to the lessee, taking into account that between him and the good given in leasing there is a tenure relation.

The leasing housing contract intended for family dwelling purposes besides of being an atypical contract is also a finance nature contract for which reason the entities authorized to enter into such type of transactions impose to the lessee several clauses that might be unrelated to the holder quality of the lessee; and thus, could turn out to be abusive in the light of the Political Constitution, the law and the doctrine regarding to the protection to the consumer.

In conformity with the above mentioned reality, both the legislator and the Constitutional Court have set forth the guidelines to implement the mechanisms that seek for the protection of the lessee, bearing in mind that the subject matter of the housing leasing contract intended to family dwelling falls on a human right [\[1\]](#).

Therefore, it is helpful to identify which are the liabilities of the lessee that are not related to his quality as holder in order to be able to assess them and conclude that they are in conflict with the protection policies provided to the lessee.

Key words: leasing housing for family dwelling purposes, holder, land property, abusive clause, contract of adhesion, lessee.

INTRODUCCION

La ley 546 de 1999 en su artículo 46, permitió por primera vez a las entidades financieras, entregar los inmuebles que hubieren recibido como dación en pago a sus antiguos dueños (deudores del sistema UPAC), siempre que no hubiesen sido enajenados; con la finalidad que los vivieran en arriendo con una opción de adquisición sobre los mismos, al finalizar el contrato.

Con posterioridad, la ley 795 de 2003, autorizo a los bancos para realizar operaciones de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, ampliando su objeto social y permitiendo así, una mayor cobertura de esta modalidad contractual a sus destinatarios; convirtiéndose este contrato en una solución importante para el acceso a la vivienda de los usuarios. Y para los establecimientos bancarios, en un producto novedoso con muchas ventajas de tipo fiscal.

El contrato de leasing habitacional se ha considerado como un contrato atípico y de aquellos denominados por la doctrina como contratos de adhesión, contratos que han surgido luego que la contratación clásica evolucionara de un esquema paritario hacia un esquema masificado, en donde el comercio requiere agilidad en el tráfico de productos y servicios, surgiendo la necesidad de hacer mas óptimos los procesos empresariales, ya que los consumidores hoy no cuentan con el tiempo para detenerse a negociar las cláusulas del contrato, limitándose la voluntad a la manifestación de un "sí" o un "no", siendo estos unos simples adherentes.

El contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar es un contrato financiero de adhesión, en donde es evidente la asimetría contractual, ya que a través de este, un experto impone cláusulas a un consumidor lego, quien poco conoce del contrato que va a realizar. Sin embargo, la ley ha señalado de forma clara y previa que el locatario tiene una relación tenencial⁴ con el bien dado en leasing.

En virtud de lo anterior, dentro del presente artículo se pretende identificar cuáles de las obligaciones que se imponen al locatario dentro del contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar no guardan relación con la calidad de tenedor que le ha atribuido la ley, y que a la luz del Estado Social de Derecho y de la principalística de protección al consumidor podrían resultar abusivas, teniendo en cuenta que se trata de una tipología contractual con un alto contenido y fin social.

Para lograr dicho objetivo, se desarrollaran cinco ejes temáticos, en los que primeramente se hará una reseña de los antecedentes que le dieron vida al contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar en Colombia, para tener claridad sobre los motivos y fines que tuvo el legislador para engendrar esta tipología contractual.

4 Decreto 2555 de 2010, disponiendo en el libro 28, título 1 capítulo I, artículo 2.28.1.1.2, Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

En el segundo capítulo se hará un recuento sobre la nueva concepción filosófica del contrato y la función social del contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar.

En el tercer capítulo se abordará la definición legal del contrato de leasing habitacional y su naturaleza jurídica, para poder entender como el poco marco regulatorio de este contrato puede conllevar a abusos por parte del predisponente.

En el cuarto tema se analizará la definición de las cláusulas abusivas en Colombia, específicamente bajo el estatuto de protección al consumidor, y el estatuto de protección al consumidor financiero.

Y en el quinto tema se identificará cuáles son esas cláusulas impuestas al locatario dentro del contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar que no guardan relación con su calidad de locatario y que generan un gran desequilibrio contractual.

1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL

La ley 546 de 1999, en su artículo 46, estableció que: "Durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, quienes entreguen o hayan entregado en dación en pago su vivienda, tendrán opción para readquirirla siempre que no haya sido enajenada por el respectivo establecimiento de crédito. En caso de que haya sido enajenada, el establecimiento de crédito podrá ofrecer, en las mismas condiciones, otro inmueble de propiedad de la entidad sobre el cual no se haya ejercido por parte de su anterior propietario, la opción de readquisición de vivienda.

La opción se pactará en un contrato que suscribirá el deudor que entrega el inmueble en dación en pago y la respectiva entidad financiera, en el que se harán constar los derechos y las obligaciones del titular de la opción y de la entidad financiera de conformidad con las siguientes reglas:

(...) ARTICULO 47. AUTORIZACIÓN. Se autoriza por un año contado a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, a los establecimientos de crédito para comercializar los inmuebles destinados a vivienda que hayan recibido en dación en pago, mediante el contrato especial establecido en el artículo anterior, (...).⁵

A partir de esta disposición legal surgió en Colombia la posibilidad para que los antiguos deudores del sistema UPAC, que habían entregado su vivienda en dación en pago a una entidad financiera, pudieran readquirirla a través de una modalidad de leasing denominada leasing habitacional con destino a la

5 Ley 546 de 1999, artículo 46 y 47.

vivienda familiar, la cual generaba en los locatarios un derecho real de habitación sobre dicho inmueble.

Así mismo, el artículo 47 de la ley 546 de 1999, autorizó a las entidades financieras para que continuaran celebrando estos convenios, con los inmuebles recibidos como dación en pago; teniendo como destinatario, cualquier persona que solicitara el acceso a una vivienda.

Teniendo en cuenta lo anterior, se intuye que el querer del legislador era la creación de una modalidad contractual que mitigara el problema de vivienda que afrontaba Colombia para esa época, debido a los excesos del antiguo sistema UPAC.

A pesar que la pluricitada ley, no dispuso de un nomen iuris, para lo que cito en el artículo 47, como "*El contrato especial*"; no es menos cierto que este es el primer antecedente del contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar.

Al analizar las circunstancias que rodearon el origen de la ley 546 de 1999, se puede concluir que era un imperativo para esa época, buscar mecanismos de alivio para una sociedad maltratada por el déficit de mecanismos de financiación adecuados para la adquisición de vivienda; en coherencia con el postulado Constitucional establecido en el artículo 51 de la Constitución Política de 1991.

Con posterioridad, surgió la ley 795 de 2003, modificando el estatuto orgánico del sistema financiero; así en el artículo 1º adiciono el numeral 1º del artículo 7º, con el siguiente literal:

"n) Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios".⁶

De conformidad con lo señalado en las leyes 546 de 1999 y 795 de 2003, se erige en Colombia un precedente legal en materia de vivienda con alto contenido social, en el entendido que la razón que llevo al legislador a disponer que se gestaran medidas de protección para el usuario o locatario en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, es la de procurar un equilibrio contractual por ser el locatario el participante más vulnerable dentro de esa relación.

6 Ley 795 de 2003, artículo 1º.

Respecto a la citada ley 795 de 2003, el doctor Luis Gonzalo Baena, expuso lo siguiente: "Esta ley se inspiró en el propósito de impulsar la construcción y la financiación de vivienda, (...)"⁷.

Por todo lo expuesto, no se puede diluir el alto contenido social que tiene el contrato de leasing habitacional, ni desconocerse la motivación que tuvo el legislador al crear esta modalidad de leasing, la cual era el poder satisfacer una necesidad básica, como lo es el acceso a la vivienda familiar.

2. EVOLUCIÓN DE LA CONCEPCIÓN FILOSÓFICA DE LOS CONTRATOS – Y FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL CON DESTINO A LA VIVIENDA FAMILIAR

La concepción filosófica del contrato ha venido evolucionando, partiendo del hecho que los principios sobre los que estaba cimentada la teoría clásica fueron cambiando con el auge de la contratación en masa, el capitalismo, la globalización y el auge de la tecnología; al punto que hoy la tendencia es la proliferación de los contratos de adhesión, donde ya vienen diseñadas previamente las cláusulas y el contenido del contrato al cual se van a someter los contratantes, en los que no existe posibilidad de discutir las cláusulas, sin embargo, existen muchas necesidades para satisfacer.

Con la Constitución de 1991 y el advenimiento del Estado Social de Derecho, el derrotero para convenir y ejecutar los contratos tiene como punto de partida la supremacía de los derechos fundamentales, en donde los principios y valores constitucionales deben prevalecer.

El artículo 58 de la Carta Magna, es uno de los pilares fundamentales, sobre el que se levanta la posibilidad de adquirir bienes, con una función social, siendo el contrato un instrumento al servicio de la sociedad.

Bajo el imperio de la Constitución de 1991, los contratos deben tener un enfoque social: "Pero la norma no es el derecho, es simplemente una expresión de este, y como todas las instituciones, es creación del hombre, y conforme a él evolucionan y se interpretan. Es ahora el momento de enfocar un nuevo sistema interpretativo de la norma contractual, ya no como la camisa de fuerza, sino como una herramienta para lubricar el engranaje social y económico (...)"⁸.

Con posterioridad a la Constitución Política de 1991, y de cara al compromiso internacional adquirido por Colombia, para el fomento y la promoción de los derechos humanos; el derecho contractual da un importante giro, entendiendo que no es posible ignorar su enorme contenido ético y social bajo

7 BAENA, Cárdenas Luis Gonzalo, *El leasing habitacional instrumento para financiar la adquisición de vivienda*, Bogotá, 2 ed. Universidad Externado de Colombia, 2006.

8 PLATA, López Luis Carlos, *La Naturaleza Social y Económica del Contrato*, Revista de Derecho, Universidad del Norte, año 2005, P. 109.

el conjunto de principios y valores que orientan la Constitución; así como las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en Colombia.

Bajo el anterior esquema neoconstitucional, el País empezó a comprender las relaciones contractuales de forma coherente con el Estado social y democrático de derecho, en donde la dignidad del hombre está llamada a ser el primer cumplido, tomando en consideración el principio de la dignidad humana y la problemática de vivienda que existía en Colombia para los años noventa; razones por las que el gobierno nacional decide implementar una modalidad del contrato de leasing que ofreciera alternativas de financiación para la adquisición de la vivienda familiar.

Teniendo en cuenta que el leasing habitacional con destino a la vivienda familiar es un contrato financiero, se verifica que los estipulantes poseen un grado superior de conocimiento en relación a los adherentes, razones por la que gozan de una posición ventajosa frente a los consumidores financieros; requiriendo la intervención del Estado en procura del equilibrio contractual, y que el riesgo se pueda distribuir de forma equitativa o por el participante que se encuentra en una posición más ventajosa de asumirlo⁹.

En Colombia ha sido abundante no solo la normativa, sino también la jurisprudencia y doctrina Constitucional, en donde se ha evidenciado el intervencionismo estatal en el derecho privado, en referencia a los contratos. Por ejemplo, en el contrato de arriendo, mutuo con interés, en el contrato de sociedad, en el contrato de seguros, en los contratos financieros, en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, entre muchos otros.

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Civil, con ponencia del Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, en relación a los contratos financieros, dijo que:

Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación¹⁰. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige.

Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario

9 Vid. SCHAFFER H-B y OTT C., Manual de análisis económico del derecho civil, Madrid, tecnos, 1986, pp. 266-267. "(...) Al menos desde una perspectiva económica parece deseable que los riesgos se asignen a quien esté en mejores condiciones económicas de prevenirlos o soportarlos".

10 Vid. Sentencias 125 de 19 de octubre de 1994 (CCXXXI-709/777), expediente 3972; y 002 de 2 de febrero de 2001, expediente 5670.

y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica"¹¹.

Respecto al leasing habitacional, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2003, señaló:

"En resumen, la Corte concluye que el derecho a la vivienda digna no implica únicamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda, resultando admisibles distintas formas seguras de tenencia.

(...)

De otro lado, y en relación con la disposición demandada, la regulación deberá contener disposiciones sobre la protección a los locatarios. Tales medidas deberán incluir directrices que aseguren la tenencia jurídica del bien objeto del contrato, así como restricciones a la oferta de bienes que no aseguren, en los términos indicados en esta sentencia, condiciones dignas de la vivienda, en particular lo relativo a la oferta de bienes y servicios esenciales"¹².

En síntesis, las anteriores posturas jurisprudenciales acreditan la evolución del derecho contractual en Colombia, y la prevalencia de los principios constitucionales frente a la autonomía contractual. Así mismo se reitera la función social que tiene el contrato de leasing habitacional al recaer su objeto sobre un derecho humano, como lo es "el acceso a la vivienda".

3. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING HABITACIONAL

Según el artículo 2° del decreto 1787 de 2004, modificado por el artículo 4° del decreto nacional 3760 de 2008, modificado por el Decreto 2555 de 2010 libro 28, título 1 capítulo I, artículo 2.28.1.1.2:

"Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo ex-

11 Sentencia del 14 de diciembre de 2011, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil.

12 Sentencia C-936 de 2003. Corte Constitucional.

clusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor"¹³.

La modalidad del leasing habitacional es una figura de creación nacional, concebida para proporcionar a los usuarios una alternativa para el acceso a la vivienda.

Esta modalidad contractual, tiene sus raíces en el derecho anglosajón, en donde se denomina LEASING. Una de las características principales de este contrato, es su naturaleza mercantil, ya que la ley señala que el extremo activo siempre será un establecimiento bancario (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto 663 de 1993).

En el contrato de leasing habitacional existe un sujeto activo calificado denominado establecimiento bancario, el cual de conformidad con el artículo 7° numeral 1, literal n) del decreto 663 de 1993 (estatuto orgánico del sistema financiero), se encuentra debidamente autorizado por el gobierno para realizar dicha actividad; este a su vez, ordena a un tercero denominado proveedor, la entrega del bien inmueble, previamente seleccionado por el locatario. Entendiendo que la entrega que se hace, genera una relación de tenencia entre el dueño que es el Banco y el tenedor que es el locatario, pues se trata de un negocio tenencial.

Al hablar de un contrato mercantil de carácter financiero, se puede inferir sin lugar a dudas, que los extremos contractuales tienen intereses muy disímiles entre sí, ya que el principal objetivo de las entidades financieras es la obtención de un lucro y la finalidad del locatario es acceder a una vivienda digna (interés que además es objeto de una amplia protección constitucional).

Al encontrarse en un extremo, un "experto o profesional de la actividad financiera" y en el otro un "lego"; es evidente la desigualdad entre las partes, así como las ventajas que adquiere el experto frente al locatario.

A este locatario, también se le puede denominar "consumidor financiero", y bajo la principalística establecida en el nuevo estatuto de protección al consumidor, (ley 1480 de 2011), es posible que le sean aplicadas las disposiciones de dicha norma, siempre y cuando en su régimen especial (ley 1328 de 2009), no haya regulación al respecto.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL: en casi todos los Países del mundo, el contrato de leasing es un contrato que se encuentra sin tipificar, a excepción de Francia y Bélgica, entre otros.

13 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2555 (15 de julio de 2010). Por medio del cual se recogen y se reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores. Bogotá.

En Colombia, y comoquiera que la modalidad de Leasing habitacional con destino a la vivienda familiar es de creación nacional, se plantean dos tesis, una sostenida por Fedeleasing que afirma que se trata de un contrato típico, y una segunda tesis que dice que el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar es un contrato atípico¹⁴, y que a pesar de tener un nomen iuris, no existe una amplia regulación legal frente al mismo.

El tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, ha concluido que su naturaleza jurídica es independiente a otras figuras contractuales, y que es una figura única, compleja y diferente.

En conclusión, no hay unidad doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del leasing habitacional, y en virtud de esa falta de unidad se genera una discusión respecto a cómo se debe solucionar la cuestión litigiosa, pues no existe claridad sobre las normas aplicables, ya que si se trata de un contrato típico se entiende que tiene regulación propia, pero si se acepta la teoría que es un contrato atípico, es posible aplicarle normas de los contratos que le sean parecidos; y en el caso concreto la figura contractual más cercana sería la del "contrato de arriendo".

Sin embargo, alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia han dicho que este es un contrato con una arquitectura propia¹⁵ al que no es posible aplicarle las normas del contrato de arriendo, quedando entonces un enorme vacío que es suplido con las disposiciones que impone el predisponente en el contrato, algunas de ellas posiblemente abusivas para el locatario.

4. DE LAS CLAÚSULAS ABUSIVAS EN EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EN EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO

Las cláusulas abusivas es un tema relativamente nuevo en Colombia, teniendo como referente países como Chile y Argentina, así como la Comunidad Económica Europea¹⁶.

Muy a pesar de tratarse de un tema novedoso a nivel legal en Colombia, ya la Corte Suprema de Justicia, y la Corte Constitucional, habían avanzado hacia las mismas, creando un desarrollo jurisprudencial el cual se puede evidenciar

14 ARRUBLA, Op.cit. p.150 "En nuestra opinión, ninguno de los códigos civil, de comercio, o el Estatuto Financiero, así mencione el leasing, trae una organización sistemática del contrato, su definición, elementos y efectos, razón por la cual nos quedamos en la tesis de la atipicidad, sin dejar de reconocer, que existen normas sobre el mismo".

15 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (4 de noviembre de 2010) Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Op.cit. "Se debe respetar la peculiar arquitectura jurídica del apellidado contrato de leasing, antes de distorsionarlo o eclipsarlo en rígidos comportamientos contractuales típicos".

16 Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea

en algunas sentencias de la sala Civil, como por ejemplo, la sentencia del 19 de octubre de 1994, en donde se habla sobre el abuso en materia contractual, y la sentencia del 2 de febrero de 2001, la cual versa sobre cláusulas abusivas.

Así mismo, La Corte Constitucional, también había erigido algunos aspectos importantes al respecto, en las sentencias de tutela T-375-97, en donde se habló sobre el Abuso en materia contractual, y en la sentencia T-131-06, en donde se abordó el principio de igualdad en las relaciones privadas.

Comoquiera que el camino a nivel jurisprudencial era más avanzado respecto a las cláusulas abusivas, surge en Colombia la ley 1480 de 2011 (nuevo estatuto de protección al consumidor), plasmando por primera vez, la definición de las mencionadas cláusulas abusivas, en el artículo 42 así: "*Son cláusulas abusivas 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*".¹⁷

La ley 795 de 2003 y el estatuto de protección al consumidor financiero (ley 1328 de 2009) por su parte, habían consagrado algunos ejemplos de cláusulas abusivas en materia financiera, sin que en esas normas se hubiere establecido una definición al respecto.

Las dos leyes antes citadas, resaltan un avance en materia legislativa a nivel de cláusulas abusivas, así como las consecuencias jurídicas que genera la inclusión de estas en un contrato, consistente en la ineficacia de pleno derecho.

Además de la definición consagrada en el artículo 42 del estatuto de protección al consumidor, en el artículo 43 de la precitada ley, se prevén 14 comportamientos a vía de ejemplo, los cuales considera el legislador como abusivos, sin que signifique que sean las únicas modalidades de "cláusulas abusivas".

El provecho que tiene la armonización de las dos normas antes citadas, radica fundamentalmente en que es posible que muchas situaciones que ni siquiera se encuentran previstas la ley 1480 de 2011, también puedan ser susceptibles de tipificarse como abusivas, y tenerse por no escritas al interior de un contrato.

En Colombia no existe trayectoria a nivel legislativo, judicial y administrativo, en la calificación de una cláusula como "*abusiva*", razón por la que es necesario tener en cuenta lo señalado en el estatuto de protección al consumidor en los artículos 42 y 43, así como las nociones que se manejan a nivel del derecho comparado.

"La civilística no ha logrado establecer una definición de consenso de qué debe entenderse por cláusula abusiva. Sin embargo, el acuerdo existe en torno a los elementos que al menos debe compartir cualquier tipo de cláusula abusiva. Una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y

17 Ley 1480 de 2011, artículo 42.

por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes¹⁸,

Otra de las definiciones que podría ayudar a entender lo que es una cláusula abusiva es la definición dada en la directiva 93/13 del 5 de abril de 1993, artículo 3.1, emanada del Consejo de la Comunidad Económica Europea.

La citada directiva ha insistido en la buena fe de los contratantes, así como en el uso de un lenguaje que sea entendible a los consumidores y que las cláusulas ambiguas, se interpreten a favor del consumidor; disponiendo que dichas cláusulas no son vinculantes.

Por otra parte, en el Parágrafo 9 de la AGB- Gesetz Alemana, se consagra la cláusula general de prohibición e ineficacia, consideradas como: *"Aquellas que producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y equidad"*. Allí, también se menciona la obligación de claridad y transparencia que tienen los proponentes en la redacción del contrato.

La ley de condiciones generales de la contratación española, ha prescrito en el artículo 10 bis 1 que: *"Se consideraran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*.

La doctrina italiana por su parte, ha consagrado las cláusulas vejatorias interpretando los artículos 1431 y 1342 del c. c así: *"Deben considerarse como tales todas las cláusulas dirigidas a sacrificar en buena medida los intereses del adherente, con incidencia grave en su libertad de obrar"*.¹⁹

Antes de la expedición de la ley 1328 de 2009, en Colombia existían algunas normas referidas a la protección del consumidor financiero, como por ejemplo el artículo 23 de la ley 795 de 2003, el cual modificó el numeral 1º del artículo 97 del estatuto orgánico del sistema financiero (EOSF), estableciendo un precedente importante en cuanto al deber de información que tienen las entidades financieras frente a los usuarios.

Así mismo, el artículo 24 de la citada ley, modificó el numeral 4 del artículo 98 del estatuto orgánico del sistema financiero, estableciendo la debida diligencia en todas las actuaciones contractuales de las entidades financieras frente a los usuarios; así mismo, estableció la prohibición de convenir cláusulas abusivas y la creación del defensor del cliente. Este artículo fue posteriormente derogado por el artículo 101 de la ley 1328 de 2009.

18 PIZARRO, Wilson Carlos, La Eficacia del Control de Las Cláusulas Abusivas en el Derecho Chileno. P.124. ISSN 0124-0579. Estudios Socio jurídicos, volumen 6 N°. 2. Universidad del Rosario. Bogotá 2004.

19 Cfr. Cas. 13 agosto 1952. Cita de Teoría General del contrato, Renato Scognamiglio, traducción Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia. ISBN. 958-616-159-5. Pág. 208.

Adicionalmente, la circular básica jurídica CE. 007 de 1996, también dispuso en su título VI, reglas relativas a la protección del consumidor, siendo complementada por unos anexos que se añadieron con posterioridad. Estas normas marcaron el origen del estatuto de protección al consumidor financiero, como regulación especial para este sector.

Con la expedición de la ley 1328 de 2009, se incluyó en el artículo 2° la definición de consumidor financiero, siendo el espectro de protección bastante amplio al incluir a los clientes, usuarios y potenciales clientes.

La ley 1328 de 2009 en su artículo 11 y 12, también introdujo un listado de cláusulas y prácticas abusivas en el sector financiero, sin que se haya establecido la definición de lo que es una cláusula o lo que es una práctica abusiva. Sin embargo, la enumeración de cláusulas y prácticas abusivas, también ha sido un paso importante para ese sector.

Así mismo, en el artículo 7° de la ley 1328 de 2009 se estipula una prohibición de cobros no autorizados o no informados al consumidor.

Con posterioridad a la ley 1328 de 2009, se expiden las circulares 038 y 039 de 2011, adicionando esta última circular, el numeral 10° del capítulo VI del título I de la circular básica jurídica (C.E 007 de 1996), consagrando de forma enunciativa algunas cláusulas y prácticas abusivas distintas a las contenidas en los artículos 11 y 12 del estatuto de protección al consumidor financiero. Allí, se ordenó al defensor del consumidor que revisara y presentara un informe sobre los contratos que utilizan las entidades financieras, con la finalidad de eliminar las cláusulas abusivas.

De otra parte, la circular 038 de 2011, consagró el deber de información que tienen las entidades financieras en todas las etapas de la contratación.

Al revisar el panorama del leasing habitacional en Colombia, se evidencia que el locatario se adhiere a todas las cláusulas establecidas previamente dentro del contrato marco impuesto por la entidad financiera, sin embargo, en el estatuto de protección al consumidor financiero se establece una prohibición de introducir cláusulas que afecten el equilibrio del contrato o que den lugar al abuso de la posición contractual de dominio.

Luego del anterior recuento de disposiciones se puede concluir que para poder determinar si estamos frente a una cláusula abusiva en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar se requiere hacer un análisis de su definición y las obligaciones que genera para el locatario, para luego valorar cada cláusula a luz de los artículos 11 y 12 de la ley 1328 de 2009, bajo el filtro de la definición establecida en el artículo 42 de la ley 1480 de 2011, y de la principalística del estatuto de protección al consumidor.

Para ese análisis se debe tener en cuenta adicionalmente que la protección al consumidor es un pilar de la regulación financiera, debido al carácter especializado que tiene esta actividad por traspasar la órbita de lo privado a la esfera

de lo público, por virtud del artículo 335 de la Constitución Política de 1991²⁰, por lo que no pueden ser ignorados los principios y valores allí contenidos.

5. CLAÚSULAS QUE NO GUARDAN RELACIÓN CON LA CALIDAD DE TENEDOR QUE TIENE EL LOCATARIO EN EL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL CON DESTINO A LA VIVIENDA FAMILIAR

Al hacer un análisis de las cláusulas dispuestas en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, con las disposiciones establecidas en la ley²¹, la doctrina y la jurisprudencia²², se advierte que estas son algunas de las obligaciones que se imponen al locatario que no guardan relación con la calidad de tenedor que este ostenta:

1. La cancelación del impuesto predial del bien que usa y goza.
2. La cancelación de la contribución por valorización del inmueble dado en leasing.
3. La asunción de responsabilidad por parte del locatario frente a terceros, por los daños que pueda ocasionar el inmueble por su mala calidad.
4. Al locatario (tenedor), se le impone la obligación de suscribir el contrato de leasing habitacional a través de una escritura pública a pesar que la ley no lo exige²³; la cual además, se debe registrar para darle publicidad frente a terceros. Adicionalmente debe asumir estos costos en su totalidad.
5. Al locatario (tenedor) se le obliga a celebrar una promesa de compraventa con el proveedor del inmueble, previo a la celebración del contrato de leasing.

20 "Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito".

21 Código Civil.

22 Tanto las leyes, como la jurisprudencia y la doctrina, en forma unánime han reiterado que en relación con las cosas, las personas pueden encontrarse en una de estas tres posiciones, cada una de las cuales tiene diversas consecuencias jurídicas e igualmente le confieren a su titular distintos derechos subjetivos, así: a) Como mero tenedor, cuando simplemente ejerce un poder externo y material sobre el bien reconociendo dominio ajeno (art. 775 Código Civil); b) Como poseedor, cuando, además de detentar materialmente "la cosa", tiene el ánimo de señor y dueño y quien, de conformidad con el artículo 762 ibídem, es reputado como tal mientras otro no justifique serlo; c) Como propietario, cuando efectivamente posee un derecho real en ella, con exclusión de todas las demás personas, que lo autoriza para usar, gozar y disfrutar de la misma dentro de la ley y de la función social que a este derecho corresponde (art. 669 C.C.) DIAZ, Rueda Luz Marina, Corte Suprema de Justicia, sala Civil, 13 de abril de 2009.

23 El Decreto 2555 de 2010 en el artículo 2.28.1.2.1, literal j, dispone que el contrato de leasing habitacional, debe celebrarse por escrito, no señalando ningún tipo de solemnidad para su perfeccionamiento, ni que el costo sea a cargo del locatario.

Ya que bajo el principio de legalidad tributaria el impuesto predial y la contribución por valorización solo recae en cabeza del propietario o poseedor, quienes son los sujetos pasivos descritos en la ley, ya sea que se trate de personas naturales o jurídicas, deduciéndose que si la justificación del impuesto predial es la concentración de la riqueza, no podría ser el locatario quien asuma dicho impuesto, pues el bien dado en leasing, no ha ingresado a su patrimonio.

Por lo anterior, no resulta constitucional ni legalmente admisible que una entidad financiera le traslade el pago del impuesto predial al tenedor, infringiendo el principio de legalidad tributaria, ya que no es posible incluir nuevos sujetos pasivos o hechos generadores de los tributos en virtud de disposiciones contractuales, por ser esta facultad exclusiva del legislador.

En cuanto al desplazamiento de la responsabilidad a cargo del locatario por la mala calidad de la cosa, esta cláusula modifica ostensiblemente la obligación de saneamiento por los vicios ocultos contenida en los artículos 1914 a 1926 del código civil y 934 a 939 del código de comercio, así como el artículo 10° de la ley 1480 de 2011, la cual dispone que la reclamación se haría extensiva de forma solidaria, frente a cualquiera que haya participado en el proceso productivo.

Respecto de la obligación que se impone al tenedor de celebrar una promesa de venta, implica la simulación de un contrato que no tiene una causa ni un objeto real, pues el locatario en principio solo es un tenedor que tiene una opción de compra, y que en principio no va a celebrar un contrato de enajenación.

Adicionalmente, no resulta equitativo imponer solemnidades convencionales a cargo del más débil, generando unos costos que afectan ostensiblemente el equilibrio contractual en contra del locatario y que no son propias de una relación de tenencia.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que conforme a la ley 1328 de 2009 y 1480 de 2011, las citadas cláusulas además de no ser inherentes a las relaciones de tenencia, también se pueden considerar abusivas, por generar un gran desequilibrio contractual e imponerle al locatario gastos no previstos en la ley.

Es importante resaltar además, la falta de equidad que generan estas cláusulas, al ponderar los derechos y obligaciones de las partes, ya que generan cargas tributarias, gastos de notariado y registro de solemnidades no señaladas por el legislador e impropias para un tenedor. Además, es desproporcionado trasladarle al locatario la responsabilidad por los daños que se produzca por la mala calidad del bien dado en leasing, ya que conforme a la ley esa responsabilidad debe asumirla el propietario.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en la ley 1328 de 2009 (Estatuto de protección al consumidor financiero), existen unas obligaciones especiales a cargo de la entidad financiera que no se evidencian en el contrato de leasing habitacional con destino a la vivienda familiar, consistentes en:

Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio contractual o dar lugar a un abuso en la posición dominante, prohibiendo además, las cláusulas que limiten los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, exonerar, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero²⁴.

Razones por las que vale la pena que esta tipología contractual sea regulada tomando en consideración los motivos que impulsaron al legislador a crearla como una modalidad adicional para el acceso a la vivienda digna.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de 1991.

Ley 546 de 1999, artículo 46 y 47.

Ley 795 de 2003, artículo 1°.

BAENA, Cárdenas Luis Gonzalo, El leasing habitacional instrumento para financiar la adquisición de vivienda, Bogotá, 2 ed. Universidad Externado de Colombia, 2006.

SCHAFFER H-B y OTT C., Manual de análisis económico del derecho civil, Madrid, tecnos, 1986, Pag. 266-267.

PLATA, López Luis Carlos, La Naturaleza Social y Económica del Contrato, Revista de Derecho, Universidad del Norte, año 2005, p. 109.

Sentencia C-936 de 2003. Corte Constitucional.

Sentencia del 14 de diciembre de 2011, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil.

Decreto 1787 de 2004, modificado por el artículo 4° del decreto nacional 3760 de 2008.

Decreto 2555 de 2010.

Decreto 663 de 1993.

24 CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1328 de 2009, capítulo v, artículo 11 literal a y d.

Código Civil.

DIAZ, Rueda Luz Marina, Corte Suprema de Justicia, sala Civil, Bogotá, 13 de abril de 2009.

Directiva 93/13 artículo 3.1, Comunidad Económica Europea.

Decreto 913 de 1993.

Ley 788 de 2002.

Decreto 777 de 2003.

Decreto 779 de 2003.

Decreto 1787 de 2004.

Circular externa 22 del 6 de junio de 2003, Superintendencia Bancaria.

Circular externa 007 de 1996 (circular básica jurídica), Superintendencia Bancaria.

Circular externa 039 de 2011 Superfinanciera

Concepto 2008038350-001, 19 de septiembre de 2008, Superintendencia Financiera.

Sentencia T- 749 de 2004

Sentencia 6462 del 13 de diciembre de 2002. C.S de J. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil.

Sentencia 4 de noviembre de 2010. Corte Suprema de justicia- sala penal, Javier Zapata Ortiz. Radicado 34819.

Contratos por adhesión y clausulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?, Iñigo de la Maza Gazmuri.

CRASWELL, R., "Freedom Of Contract", en POSNER, E., Chicago lectures in law and economics, New York, Foundation Press, 2000, p. 83.

PIZARRO, Wilson Carlos, La Eficacia del Control de Las Clausulas Abusivas en el Derecho Chileno, p. 124.

ESCOBAR, Gil Rodrigo. (1984). El contrato de leasing financiero. Bogotá: Editorial Temis.

Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana.
María Elisa Camacho López, revista e – Mercatoria Volumen 4, Número 1 (2005)
Universidad Externado.

FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario, 4 edición, 1 impresión,
editorial Astrea.