

**Cláusula abusiva en el leasing habitacional y comportamiento oportunista por parte de la entidad financiera en las obligaciones relativas al impuesto predial**

**CLAUDIA ESPERANZA SERNA ARISTIZABAL**

Maestrante en Derecho Empresarial

Universidad Javeriana Cali

Maestría en Derecho Empresarial

Santiago de Cali

2021

**Cláusula abusiva en el leasing habitacional y comportamiento oportunista por parte de la entidad financiera en las obligaciones relativas al impuesto predial**

**CLAUDIA ESPERANZA SERNA ARISTIZABAL**

Maestrante en Derecho Empresarial

Artículo de investigación para optar al título de Magister en Derecho Empresarial

Director:

Doctor Santiago Dussan Laverde

Universidad Javeriana Cali

Maestría en Derecho Empresarial

Santiago de Cali

2021

## INTRODUCCIÓN

En el ejercicio del Derecho se evidencian algunas situaciones al interior de los contratos, especialmente atípicos y de adhesión que, pueden llegar a generar abuso del poder dominante que ejerce una u otra parte en la relación contractual. Así se advirtió en el marco del contrato de leasing habitacional, el ejercicio de aquella posición abusiva por parte de los bancos al imponer clausulados contrarios a los intereses e inclusive derechos del consumidor, pues de manera contraria a la ley, se exige que durante el término del contrato se realice el pago del impuesto predial que por su naturaleza recae en la propiedad o propietario del inmueble (en este caso la entidad bancaria), sin pactar devolución o compensación alguna a favor del locatario que no ejerce la opción de compra, situación que de manera inicial podría evidenciar un abuso del derecho que limita con el enriquecimiento sin causa. De tal forma, el presente trabajo se desarrollará desde las perspectivas teóricas del abuso del derecho y la buena fe, con miras a lograr un entendimiento de las relaciones negócias presentes en el leasing habitacional y la posible existencia de comportamientos oportunistas especialmente en los clausulados relativos al pago del impuesto predial.

El objetivo del presente trabajo es determinar si existen cláusulas abusivas materializadas en comportamientos oportunistas por parte de las entidades financieras en el marco del contrato de leasing habitacional. Se desarrollará determinando el significado de la buena fe objetiva como regla para limitar las conductas oportunistas en contextos de asimetría de la información. También se analizará el contrato de leasing habitacional y sus características más importantes en el marco jurídico colombiano y que permita armonizar la teoría del abuso del derecho con las cláusulas de pago del impuesto predial contenidas de manera general en el contrato que se estudia.

Si bien podría, existir distintas cláusulas abusivas en el contrato de leasing habitacional que se utiliza en Colombia, para establecer objetivos claros y bajo límites precisos, se analizará únicamente lo correspondiente al pago del impuesto predial, al poner en cabeza del locatario una erogación que en principio, no le debería corresponder, o sería necesario generar algunas precisiones en cuanto a los límites de la cláusula y eventuales devoluciones o compensaciones cuando no se ejerce la opción de compra del inmueble entregado en leasing.

El contrato de leasing habitacional (en adelante también puede encontrarse como: leasing o el contrato) surgió en Colombia buscando remediar la creciente necesidad en vivienda del conglomerado en el marco de una crisis social y económica que se venía viviendo por lo menos desde los años setenta (70). Inicialmente se pensó por parte del Gobierno nacional en realizar una serie de medidas intervencionistas buscando incentivar el ahorro y tratando de mantener el poder adquisitivo de la moneda, lo cual derivó en el Decreto 677 de 1972 que creó el sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) *“como aquel mediante el cual se obtendrían recursos para la vivienda a través del fomento del ahorro, sobre el principio de valor constante del dinero”* (Legis Editores, 2011, pág. 33).

Si bien el UPAC en un inicio funcionó y logró parcialmente su cometido, el tiempo permitió evidenciar el problema que traía implícito ese sistema donde se aumentaban de manera desproporcional los intereses pagados por los deudores en créditos hipotecarios que se estuvieran calculando en esa unidad, generando además un crecimiento desmedido del endeudamiento por la suma de los intereses al capital, lo que

generó deudas impagables ante la capacidad de pago del deudor (Corte Constitucional - Sentencia C 747 de 1999).

Por la problemática expuesta, se debieron plantear nuevas soluciones de vivienda como las contenidas en la Ley 546 de 1999, donde se crearon sistemas de financiación de vivienda con el UVR (Unidad de Valor Real), créditos con tasas fijas de interés, la prohibición de capitalizar intereses, eliminación de sanciones por pago anticipado de las deudas, entre otras. Además, el gobierno planteó la inclusión del leasing habitacional al sistema financiero como mecanismo alternativo de financiación de vivienda a largo plazo. Al introducir esta figura se buscaba restablecer la confianza de los consumidores financieros (Metrocuadrado, 2018), la cual se empezó a definir desde el Decreto 1787 de 2003 así:

*“ 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. ”*

Entonces el leasing habitacional es una modalidad del contrato de leasing financiero donde se pretende entregar a un locatario (también consumidor financiero) la tenencia de un inmueble con fines de vivienda a cambio del pago de un canon durante determinado plazo convenido al final del cual, el locatario puede ejercer la opción de

compra pactada con el respectivo pago convenido, lo cual ha sido objeto de desarrollo por la doctrina nacional:

*“El contrato de leasing habitacional es una modalidad del leasing financiero, por lo que debe cumplir con todos los requisitos de la validez de los contratos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, En la sentencia del 13 de diciembre de 2002, la Corte Suprema de Justicia señala que el leasing es un contrato que no está completamente regulado en la legislación colombiana y por lo tanto es atípico. Esto significa que se debe regir en primera instancia por las cláusulas contractuales acordadas por las partes, siempre que estas no sean contrarias al orden público y luego por las normas generales de los contratos, es decir, además de ser el leasing un mecanismo de financiación para la adquisición de vivienda, debe cumplir con todos los requisitos de eficacia y de la naturaleza de los contratos.” (Baena Cárdenas, Luis Gonzalo, 2014, pág. 72)*

En ese marco normativo y jurisprudencial se considera el contrato de leasing habitacional cómo uno que debe cumplir con los postulados generales de las relaciones contractuales en Colombia, de tal manera que no puede desbordar los límites legales y principialísticos en perjuicio de alguna de las partes más, cuando quien se pueda afectar es el consumidor financiero como sujeto de especial protección por carecer de una comprensión suficiente del ejercicio profesional de los actos de comercio, además por la posición dominante que usualmente ejercen las entidades bancarias desde distintos aspectos en contratos como el de leasing habitacional.

El contrato que acá se estudia obedece a la denominación de atípico, en el entendido que no se encuentra regulado expresamente en la ley, por esta razón los derechos y las obligaciones de las partes se rigen por lo establecido en el acto contractual y lo que no está presente, por los postulados generales y en analogía de normas establecidas para contratos tales como mandato, arrendamiento y compraventa. Por ser un contrato de adhesión se generan diferentes obligaciones por la entidad financiera y el locatario, siendo este último a quien se le imponen determinadas condiciones como el pago de los impuestos de predial y valorización están a cargo del locatario.

Si se mira la naturaleza del impuesto predial, la obligación del pago recae en cabeza del dueño del inmueble que para las particularidades del contrato de leasing habitacional es la entidad financiera, ya que el locatario solamente tiene la expectativa de convertirse en propietario si ejerce la opción de compra y cumple con los requerimientos del contrato, sin embargo, en la praxis, situación diferente es la acontecida, en el entendido que por ser un contrato de adhesión sin posibilidad de negociación por parte del locatario, la entidad financiera impone el pago de dicho impuesto a cargo del usuario o deudor, lo que genera una carga exacerbada y que se agrava cuando el locatario no ejerce la opción de compra, pues no existe acuerdo de devolución o compensación de dicho valor.

Dicho brevemente, en el evento que no sea ejercida la opción de compra del inmueble en el contrato que se estudia ¿qué pasa con los dineros pagados por concepto del impuesto predial? También es preciso analizar el comportamiento de la entidad frente al locatario en este tipo de contrato.

Así las cosas, el tema que se plantea goza de actualidad pues cada día gana más fuerza el sistema de leasing habitacional como opción de los colombianos para adquirir vivienda. Tiene relevancia e importancia en el entendido que plantea una duda válida y problemática sobre el ejercicio abusivo del derecho de las entidades financieras especialmente al incluir clausulados que pueden resultar abusivos e imponer a cargo del locatario, cargas que legalmente le corresponden al propietario del inmueble. Finalmente, de lograr demostrarse el planteamiento, servirá de sustento para proponer que se elimine la obligación del pago del impuesto predial en cabeza del locatario en el contrato de leasing o en su defecto, que se adecúe de tal manera que sea menos lesivo.



## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **Objetivo General:**

Determinar si existen cláusulas abusivas materializadas en comportamientos oportunistas por parte de las entidades financieras en el marco del contrato de leasing habitacional.

### **Objetivos Específicos:**

- Desarrollar la buena fe objetiva como regla que limita las conductas oportunistas en contextos de asimetría de la información.
- Analizar en la práctica la naturaleza del leasing habitacional y del impuesto predial en Colombia.
- Comprobar la existencia del abuso del derecho a través de las cláusulas de pago del impuesto predial en el contrato de leasing habitacional.

## **CAPÍTULO I**

### **SOBRE LA BUENA FE OBJETIVA**

En el presente capítulo se definirá la buena fe y sus alcances de tal manera que, al relacionarla con el oportunismo contractual derivado de la distribución desigual de la información se pueda al menos, hablar de un ejercicio abusivo del derecho desde distintos puntos de vista y en especial, desde la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

Se parte de la premisa que las cláusulas abusivas son una forma específica del comportamiento oportunista en las etapas pre y contractual y se entenderá como una cláusula que supone un comportamiento oportunista. Si se asimila el oportunismo contractual a la mala fe, se colige tal comportamiento como una conducta de mala fe que conlleva la consecuencia jurídica de la nulidad. Para ello se deberá desglosar la buena fe e ir descendiendo en los temas planteados.

#### **De la buena fe**

La buena fe se contempla como una conducta social que permite esperar lealtad, honestidad y diligencia en los tratos y acuerdos que se logren por determinadas personas, sean naturales o jurídicas, con sus correlativas cargas de no defraudar la confianza y sin realizar un ejercicio abusivo de ella, honrando palabra y actos tanto prometidos como esperados, sin que el comportamiento de una u otra parte de lugar a contrariar el marco normativo. Sobre la buena fe, la Corte Constitucional en sentencia C-1194 del 2008 señala que obliga a mantener un comportamiento bajo parámetros de

honestidad, lealtad y “*en general de acuerdo con las características de un ser humano correcto*” bajo estrechos vínculos de reciprocidad.

La buena fe ha sido estudiada de continente a continente bajo los parámetros objetivo y subjetivo<sup>1</sup>, sin embargo, por enfoque y delimitación del texto, en adelante sólo se desarrollará la buena fe objetiva que es la relacionada con los acuerdos que se logran por las personas y los correlativos deberes que surgen. En este punto es necesario hacer un paréntesis pues, como se verá más adelante, el concepto de buena fe objetiva en legislaciones como la Colombiana no se encuentra taxativamente determinado, lo que, en el auge de la constitucionalización del derecho, ha llevado a una confusión e interpretación errónea a través de mandatos especialmente relacionados con convicciones, creencias o aspiraciones de comportamiento, desnaturalizando lo que, desde sus orígenes históricos ha sido (Neme Villarreal, 2010, pág. 67).

La buena fe objetiva se ha desarrollado doctrinalmente como “*concepto jurídico indeterminado*”, ya que su alcance se liga directamente con las ideas asociadas que se estudien, por tal motivo, no puede ser entendido bajo una fórmula única y como resultado de un proceso mecánico, sino que exige un acto de valoración que permita delimitar su alcance y precisión en cada caso (Schopf Olea, 2018).

Es preciso indicar que la indeterminación del concepto jurídico de la buena fe objetiva no es ajena al Derecho Colombiano, pues en el artículo 1603 del Código Civil, simplemente se menciona como un concepto amplio que se espera de quienes suscriban o ejecuten un contrato, dejando su definición a la deriva:

---

<sup>1</sup> Surge de la parte interna de la persona y que se relaciona con su creencia de actuar correctamente. “La buena fe subjetiva ha sido considerada como <<un estado de ignorancia y error>> que denota un estado de conciencia, un convencimiento [...] y una íntima convicción [...] de que una situación irregular es regular y de que no se está lesionando ningún derecho ajeno” (Neme, 2009, págs. 49-49).

*“ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo 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.”*

Por la indeterminación del concepto, es muy común que se defina en torno a otros de bastante importancia. Por ejemplo Martins Costa (2015, págs. 410 - 412) se refiere a la buena fe objetiva haciendo relación a los deberes de comportamiento objetivos previamente acordados en los contratos que puede expresarse a través de las reglas de la rectitud, honestidad y lealtad, lo cual se liga con la concepción de la buena fe objetiva que desde hace tiempo sostiene la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

*“La concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real que estima que la cuestión predominante consiste menos en la creencia misma que en cómo y por qué se cree. (...).*

*El derecho y la equidad, lo mismo que las reglas de la buena fe, no son otra cosa que lo que el Pretor prescribía a las partes y al juez bajo el nombre de bona fides para la ejecución y el juzgamiento de la mayor parte de las obligaciones. La aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores, esto es, sobre el hecho de que de dos*

*intereses opuestos el uno parezca tener un valor superior y por lo tanto decisivo para fijar la importancia de la prestación debida. La costumbre podrá servir al juez para apreciar la buena fe porque aparece como el resultado de un examen razonable y repetido. En efecto: la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico (Andreas von Tuhr).” (Corte Suprema de Justicia colombiana, 1938).*

Si se adoptara esta idea, la buena fe objetiva se define a través de valores como la honestidad, rectitud y lealtad que implican necesariamente la existencia de una confianza en la relación de intercambio que nace en el contrato. Sin embargo, esa ambigüedad conceptual, puede llevar a una confusión no sólo con la buena fe subjetiva, sino inclusive, que por su profunda indeterminación y carencia de sentido práctico, no sea materializable en el ámbito de las obligaciones contractuales, lo que podría generar inequidad, falta de claridad o impredecibilidad del derecho en materia comercial<sup>2</sup>. Así, la buena fe objetiva se puede entender como una regla que pretende evitar actuaciones o conductas de mala fe que sorprendan a la otra parte y que pueda generarle daños, lo que implica una mirada de la buena fe como la conducta adecuada y esperada de una o de ambas partes en una relación negocial.

En este punto y por la indeterminación de la buena fe objetiva, autores como Summers (1998) y Mackaay (2012) deciden desarrollarla no a modo de concepto positivo, sino que le dan un significado específico cuando se recurre a ella de manera negativa, cómo la exclusión o contraposición a un conjunto de conductas de mala fe

---

<sup>2</sup> Summers (1968, P. 198): “without legal resources of this general nature he might, in particular case, be unable to do justice at all, or he might be able to do it only at the cost of fictionalizing existing legal concepts and rules, thereby snarling up the law for future cases. In begetting snarl, fiction may introduce inequity, unclarity or unpredictability”

(Summers, 1968, pág. 202)<sup>3</sup>, siendo dable explicarla como una regla abierta que busca evitar los comportamientos de mala fe contractual<sup>4</sup>. Por su parte, Robert Summers, desarrolla la Buena fe en desde el discurso económico, al decir que la mala fe debe ser equiparada con el oportunismo y que en consecuencia la buena fe, radica en abstenerse de conductas oportunistas (Summers, 1968).

Se tiene entonces que la buena fe objetiva es un concepto jurídico indeterminado que gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia lo ha definido en torno a valores como la honestidad, rectitud y lealtad, sin embargo, esto genera una definición igualmente amplia y sin aplicación práctica que puede generar del Derecho (lo que se traduce en inseguridad jurídica y comercial para las partes), de tal forma que para empezar a dar un alcance que tenga uso práctico en casos concretos, doctrinantes como Summers (1998) y Mackaay (2012), a través de un análisis especialmente de la jurisprudencia estadounidense, la determinan como una regla que busca evitar una multiplicidad de comportamientos de mala fe en la relación contractual que pueda generar daños o de sorprender negativamente a una de las partes.

### **Relación inversa entre la buena fe objetiva y el oportunismo contractual**

Además del alcance que pueda tener la buena fe objetiva a través de conceptos igualmente generales como lo son la honestidad, rectitud y lealtad, o de su idea de concepto negativo como contraposición o exclusión de actitudes ligadas con mala fe contractual, para materializarla en una regla aplicable, es necesario precisar que alguna

---

<sup>3</sup> En este punto se debe aclarar que Summers indica que debe ser el juez quien en su juicio, defina las conductas de mala fe contractual, para en contraposición, encontrar la definición precisa de buena fe contractual y que se acomode al caso concreto.

<sup>4</sup> Summers (1968, P. 204): "... good faith, as used by many judge, excludes numerous forms of contractual bad faith besides dishonesty"

parte de la doctrina internacional precisa que una de las actitudes en las cuales se materializa la mala fe, es precisamente tomar ventaja en una relación comercial (Mackaay, 2012), o dicho en otras palabras, adoptar comportamientos oportunistas que generan un desbalance de las oportunidades o condiciones económicas sobre lo pactado al momento de suscribir el contrato:

*“Estos desarrollos pueden resumirse en la fórmula de que las partes de una relación potencial actúa de manera oportunista cuando busca, con sigilo o por la fuerza, cambiar en su beneficio y en detrimento de la otra parte o partes, los beneficios conjuntos de la relación que cada parte podría esperar normalmente en el momento en que se estableció la relación. En otras palabras, trata de obtener "más de lo que le corresponde", una ventaja indebida, según lo determinado por el acuerdo de las "partes", las normas contractuales o la moralidad convencional "(Mackaay, 2012)*

Dice Mackaay (2012, P. 154) que en materia comercial la buena fe objetiva podría definirse como no aprovecharse de un contrato o parte en momentos que se presten para ello, e indica que *“la mala fe debe equipararse al oportunismo y la buena fe, a la abstención de conductas oportunistas en circunstancias que se presten”* (Mackaay 2012, P. 154). Por otra parte Muris (1981, pág. 521) señala como conducta oportunista aquella cuando una parte adopta un comportamiento contrario al entendimiento contractual de la otra, sin que necesariamente esté en contra de los términos acordados pero que lleva a una transferencia de riqueza no pactada o inequidad en la ecuación

contractual<sup>5</sup>, precisando además que, en la literatura jurídica y económica, se reconoce a la buena fe objetiva como una medida de protección en contra del oportunismo.

De igual manera Cohen (1992, pág. 957) en relación con el oportunismo señala que es cualquier conducta de una de las partes contraria a las expectativas razonables de la otra con sustento en el acuerdo suscrito, normas contractuales o la moralidad convencional, para lo cual destaca la importancia de la lucha en su contra desde lo económico y judicial, atendiendo el alto costo que implica su prevención, en el entendido que si el actuar general de las partes fuera oportunista, entre muchas de las medidas por adoptar sería la renuncia o abstención del contrato, lo que tendría un alto costo social.

El actuar oportunista se concreta cuando, por sigilo o fuerza, una parte cambia en su beneficio y en detrimento de la otra, la relación de lo que contractualmente se podía esperar al momento de llegar al acuerdo, es decir, cuando, se aprovecha del pacto, para sacar ventaja de lo que consideraría su parte (Mackaay 2012, P. 164). Como por ejemplo sucede en la relación contractual entre bancos y usuarios que, haciendo uso de su posición dominante, incluyen cláusulas abusivas que varían de manera considerable para el consumidor financiero, lo que se cree sobre el pacto suscrito, situación que será objeto de desarrollo posterior, a través del leasing habitacional y su cláusula de pago de impuesto predial a cargo del arrendatario.

Así, el oportunismo es una de las conductas que se pretende evitar en el marco de una relación contractual. En materia económica o comercial, podría darse al

---

<sup>5</sup> “A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party’s understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement’s explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior”.



oportunismo el alcance de mala fe contractual y por ser su antinomia, la buena fe objetiva estará en torno a evitar este tipo de comportamientos (Muris, 1981). Complementa Mackaay (2012) que el oportunismo contractual puede inclusive causar la suscripción de un acuerdo engañoso para una de las partes, pues podría llegarse a realizar un negocio con el que no estaba totalmente de acuerdo o no fue debidamente informado, generando de tal manera, negociaciones oscuras o espureas, utilizando inclusive circunstancias que el contrato no prevé de manera explícita para cambiar la división de las ganancias acordadas.

Ahora, por ser el caso que ocupa este texto, deberá señalarse que conductas oportunistas en materia contractual por lo general concretan ganancias para una de las partes a través de maniobras oscuras, faltando a la verdad y honestidad en las transacciones o al momento de firmar los contratos, divulgando información parcializada o de manera asimétrica, de tal forma que genere beneficio para alguna de las partes (Williamson, 1973, pág. 317), o dicho de otra manera, el actuar oportunista explota la asimetría de la relación en detrimento de una parte, siendo realmente una conducta reprochable (mala fe) cuando las condiciones del contrato cambian a su favor (Mackaay, 2012).

Delimitando aún más el tema, el aprovechamiento de la asimetría para cambiar a favor de una de las partes el contenido o interpretación del contrato es una forma de materializar el oportunismo contractual. Dice el mismo Mackaay (2012, P. 165) que la asimetría realmente se convierte en un elemento del oportunismo cuando una de las partes la explota para cambiar a su favor las condiciones del contrato. En materia de información, Williamson (1975, P. 25) asocia el oportunismo con la forma selectiva o parcial en la cual se distribuye o entrega la información, siendo su forma más

practicada, el ocultamiento intencional o “*divulgación estratégica*” de la información contractual (Williamson, 1985), lo que genera una asimetría en el conocimiento de las condiciones que tienen los contratantes.

Podría decirse entonces que, el “*uso intencional en la asimetría de la información*” es una manera en la cual se materializa el oportunismo y por tanto, se es dable relacionarlo directamente con la buena fe objetiva, en el entendido que, a través de este último concepto, lo que debe propenderse es por ejercer un límite en el uso abusivo y ventajoso de la distribución de la información. Un buen ejemplo de esto lo plantea Mackaay (2012) al decir que el principio de la buena fe objetiva podría tomar significado cuando en un pronunciamiento judicial, el juez la utiliza para imponer o manifestarse sobre el deber que le acudía a un vendedor sobre dar la información “*crítica*” o importante al comprador al momento de cerrar un negocio jurídico.

Cuando se tiene una relación contractual, esta se rige especialmente por la confianza que las partes depositan entre sí pensándose que las obligaciones pactadas son las que fijan los beneficios generados para cada uno de ellos. Entonces, si alguna de las partes ejerciera el uso de una posición dominante ocultando intencionalmente información relevante de manera previa al perfeccionamiento del contrato, podría inclusive deprecarse (como se verá más adelante) un error en el consentimiento que puede viciar el contrato.

Es precisamente por lo anterior que la prevención del uso intencionalmente asimétrico de la información en materia contractual toma importancia en la prevención del oportunismo erigiéndose en un elemento más que integra la buena fe objetiva, de tal forma que si la asimetría de la información se materializa como ocultamiento de las

condiciones acordadas en los contratos, genera la existencia de relaciones espurias o engañosas que pueden causar daños o cambio de las ganancias y condiciones inicialmente pactadas.

Sobre el deber de información en el marco de las relaciones contractuales, una sección de la doctrina internacional señala que encuentra su razón de ser en dos supuestos, el primero de ellos es buscando superar la desigualdad y con ello el ejercicio abusivo de posiciones dominantes (Stiglitz, 1992) y el otro, formar de manera correcta el consentimiento de las partes (Llobet Aguado, 1996). Entonces, en aras de mantener la buena fe contractual y menguar los efectos adversos del conocimiento desigual de las condiciones del contrato, lo que debería realizar la parte en ventaja, es dar una instrucción que permita el pleno conocimiento de los pormenores acordados.

En cuanto al trato desigual de la información, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 12 de enero de 2007 (expediente: 76001-31-03-006-2000-00145-01), apartándose del derecho económico y realizando un abordaje netamente jurídico, desarrolló el uso asimétrico de la información como vía para lograr el equilibrio perfecto en materia contractual. Para ello, analiza un contrato de comisión para operaciones en bolsa, y consideró que la entidad especializada en una relación contractual debe realizar las acciones tendientes a equilibrar la igualdad de conocimientos sobre los contratos, de tal forma que reequilibre la relación mediante acciones de protección a la parte débil, evitando así el uso abusivo de la posición dominante y fortaleciendo el consentimiento al brindar información “clara, oportuna y transparente” (Chinchilla Imbett, 2011).

Si bien el desarrollo expuesto muestra el abordaje judicial por lo menos en Colombia sobre la asimetría de la información en el desarrollo de posiciones dominantes, la idea que acá se ha desarrollado desde un ámbito más comercial, permitiría hacer caso omiso de la búsqueda de un equilibrio, simplemente, para abordar dicha asimetría como uno de los comportamientos oportunistas que se dan en el marco de una relación comercial y que precisamente, pretende ser limitada o excluida del ánimo de las partes, a través de la regla de la buena fe objetiva.

Descendiendo a la protección de derechos como el de la información en el marco de las relaciones comerciales, especialmente cuando una de las partes es una entidad financiera, se encuentra la Ley 1328 de 2009 que en el artículo 3 literal c, prescribe que los consumidores financieros tienen derecho a *“la transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. De manera semejante, las entidades vigiladas deben suministrar a los consumidores financieros, información detallada, suficiente, clara y oportuna, que permita, conocer los derechos, obligaciones y los costos a los locatarios, por parte de las entidades financieras vigiladas”*.

Entonces, la transparencia en la información puede concretarse como un deber directamente asociado con la prevención ventajosa e intencional de la asimetría de la información y de manera más precisa, con el deber de información que tiene la parte dominante, la que se ubica desde la etapa precontractual y hasta el preciso momento en el que se firma el contrato, de tal forma que se garantice un actuar libre de mala fe entre las partes y con ello lograr superar el uso de una posición dominante o que se llegue a generar algún vicio del consentimiento.

En ese entendido, la asimetría de la información se manifiesta a través del oportunismo o mala fe contractual, ya que se materializa un aprovechamiento de la distribución desigual de la información para recapturar oportunidades perdidas, afectando los intereses y expectativas de la otra parte, pudiendo incluso, además generar cambios en las ecuaciones contractuales y sus acuerdos iniciales, irradiar incluso daños a la parte más débil.

Es necesario reiterar la asimetría de la información a través del oportunismo o de la mala fe contractual, en el sentido que la parte débil del contrato, por causa del sigilo o de la fuerza puede ser llevada a tomar decisiones que perjudiquen sus propios intereses. Se retoma el planteamiento de Mackaay (2012) donde señala que el juez en su estudio sobre la buena o mala fe contractual, debe ubicar el deber de información como una obligación del vendedor y en especial sobre dar la información “*crítica*” o importante al usuario, de tal forma que tenga la capacidad de decisión sobre si realmente acoge el contenido del contrato, o de ser posible, plantee la renegociación.

Si se definiera entonces la buena fe objetiva como aquella regla que busca evitar comportamientos oportunistas y se precisara a través de una de sus posibilidades que es el uso asimétrico de la información, puede concretarse la regla de protección y confianza en el ejercicio comercial, en cuya virtud, la parte dominante dentro del proceso tiene la obligación de informar y explicar todo lo relacionado con los contratos de tal manera que el usuario financiero pueda tomar una decisión correcta, sin que se le oculten situaciones que en el futuro puedan llegar a generar condiciones de superioridad o beneficios que alteren las ecuaciones contractuales en su contra (Cano Plata & Cano Plata, 2009).

Para concluir brevemente la relación que se pretendió plantear a lo largo del capítulo, la asimetría en la información dentro del oportunismo contractual permiten dar un alcance que se puede materializar como la buena fe objetiva, pues la dota de efectividad para proteger a la parte menos informada de una relación contractual o al usuario financiero de que, en el desmedro de sus derechos o de un desequilibrio inesperado en la ecuación final del contrato, se oculte, o tergiversarse información importante y que con ello, se ejerza el uso abusivo de una posición dominante de aquella parte que por su naturaleza, labor o nivel de escolaridad, pueda tener una mejor información y entendimiento de la relación contractual.

A continuación se pasará a evaluar algunos elementos conceptuales como lo es la naturaleza y principales características del contrato de leasing habitacional, algunas de las cláusulas más usadas en Colombia y la naturaleza del impuesto predial de tal forma que se entienda si en efecto, bajo las condiciones normales del mercado financiero, se está ejerciendo una posición dominante y abusiva por las entidades financieras respecto del consumidor, al exigirle que realice el pago del impuesto predial de los bienes sobre los cuales se pactan este tipo de contratos.

## CAPÍTULO II

### ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE EL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL Y LA NATURALEZA DEL IMPUESTO PREDIAL

En líneas anteriores se desarrolló de manera sucinta el principio de la buena fe objetiva desde la definición y alcance que se le puede dar en el marco de los contratos y a través de la asimetría en la información, el no abuso del derecho y evitar el oportunismo contractual. Ahora lo que se pretende es que esa definición o alcance, logre armonizarse en casos específicos con las cláusulas de pago de impuesto predial que se disponen de manera generalizada en los contratos de leasing habitacional en Colombia, por tanto, se debe hacer un paréntesis para definir las particularidades de este tipo de contratos y del impuesto en mención.

#### 2.1. Sobre el contrato de leasing habitacional

El contrato de leasing habitacional surgió en Colombia buscando remediar la creciente necesidad en vivienda del conglomerado, derivada de una crisis social y económica que fue causa eficiente de una serie de medidas intervencionistas por parte del Gobierno nacional con la finalidad de incentivar el ahorro y tratando de mantener el poder adquisitivo de la moneda, lo que llevó al Decreto 677 de 1972 que creó el sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) *“como aquel mediante el cual se obtendrían recursos para la vivienda a través del fomento del ahorro, sobre el principio de valor constante del dinero”* (Legis Editores, 2011, pág. 33), medida que si bien en su momento inicial funcionó y tuvo el impacto pretendido, *a posteriori* generó problemáticas mayores, pues su sistema de valor constante dio lugar a abusos por parte de las entidades financiera que para garantizar sus ganancias, aumentaban

desproporcionadamente los intereses de los deudores en créditos hipotecarios que se estuvieran calculando en esa unidad, generando un crecimiento desmedido del endeudamiento al sumarse los intereses al capital, lo que desencadenó deudas impagables (Corte Constitucional - Sentencia C 747 de 1999).

Para contrarrestar esos efectos nocivos se plantearon nuevas soluciones en el marco de la garantía del derecho a la vivienda entre las cuales se expidió la Ley 546 de 1999 donde se crearon sistemas de financiación de vivienda con el UVR (Unidad de Valor Real), créditos con tasas fijas de interés, la prohibición de capitalizar intereses, eliminación de sanciones por pago anticipado de las deudas, entre otras. De manera posterior se planteó la idea del contrato de leasing habitacional como mecanismo alternativo de financiación de vivienda a largo plazo, al introducir esta figura en el ordenamiento se buscaba reestablecer la confianza de los consumidores financieros, la cual se puede entender de manera clara desde a través de los enunciados que se plasmaron en el Decreto 1787 de 2003:

*“ 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. ”*

#### • 2.1.1. Contrato de Leasing



Para realizar una definición técnica de la figura jurídica en estudio, es necesario empezar por describir la naturaleza del contrato de Leasing que se encuentra de manera taxativa en el artículo segundo del Decreto 913 de 1993, al señalarlo como una operación de arrendamiento financiero donde se entregan bienes adquiridos por determinada persona para luego cederla en su “*tenencia, uso y goce*” durante un término establecido a cambio de un canon o pago periódico, al final del cual se da la opción de compra realizando un pago residual:

*“Artículo 2° Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.*

*En consecuencia, el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo, debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.” (Decreto 913 de 1993).*

De su definición pueden extraerse los elementos esenciales del mismo que son: (i) arrendatario, usuario, locatario o tenedor del bien; (ii) el arrendador; (iii) el bien entregado en arrendamiento financiero; (iv) convenio sobre pagos o cánones y; (v) opción de compra; otras de las características que se encuentran desarrolladas en la doctrina de este tipo de contratos es que son: (1) consensuales, (2) bilaterales, (3) de

tracto sucesivo; (4) de adhesión y (5) según el artículo 20 del Código de Comercio es mercantil y oneroso (Rodríguez Azuero, 1990). Sobre este tipo de contrato que resulta atípico, dice el tratadista (Arrubla Paucar, 2002) que el bien sobre el cual recae el leasing debe proporcionar los rendimientos necesarios para cubrir su costo y el de la amortización, además de brindar las ganancias esperadas por parte de su tenedor o locatario.

### **2.1.2. Naturaleza del leasing habitacional y sus características principales**

Es propio advertir que existen diferentes modalidades del contrato de leasing, sin embargo en aras de la brevedad, se pasará al habitacional que es el objeto de estudio en estas líneas, pudiéndolo precisar como una modalidad del contrato de leasing financiero donde se pretende entregar al locatario (también consumidor financiero) la tenencia de un inmueble con fines de vivienda a cambio del pago de un canon durante determinado plazo convenido, al final del cual, el locatario puede ejercer la opción de compra pactada con el respectivo pago acordado.

La creación de este contrato en Colombia se dio mediante la Ley 795 de 2003, donde se autorizó a las entidades bancarias a llevar a cabo operaciones de leasing habitacional cuyo objeto recae en “*bienes inmuebles destinados a vivienda*” y se considera un leasing operativo para efectos contables y tributarios de tal forma que no se incluyen sus erogaciones en la declaración de renta, pues la totalidad de los cánones pueden ser reconocidos como gastos deducibles. Parte de la definición del contrato en estudio se desarrolló en el artículo 2 del Decreto 1787 de 2004 que, el cual precisó:

*“Artículo 2°. Operación de leasing habitacional. Se entiende por operación de leasing habitacional, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble destinado a vivienda para su uso y goce, 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. (...)” (Decreto 777 de 2003)*

Sobre la naturaleza de este nascente contrato, la doctrina nacional señala que es una modalidad del leasing financiero cuya finalidad se da al entregar mediante tal operación, un bien adquirido por determinada entidad para que el locatario ejerza la tenencia, sin embargo, por su indeterminación debe cumplir con todos los requisitos generales de validez de los contratos en Colombia:

*“El contrato de leasing habitacional es una modalidad del leasing financiero, por lo que debe cumplir con todos los requisitos de la validez de los contratos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, En la sentencia del 13 de diciembre de 2002, la Corte Suprema de Justicia señala que el leasing es un contrato que no está completamente regulado en la legislación colombiana y por lo tanto es atípico. Esto significa que se debe regir en primera instancia por las cláusulas contractuales acordadas por las partes, siempre que estas no sean contrarias al orden público y luego por las normas generales de los contratos, es decir, además de ser el leasing un*

*mecanismo de financiación para la adquisición de vivienda, debe cumplir con todos los requisitos de eficacia y de la naturaleza de los contratos.” (Baena Cárdenas, Luis Gonzalo, 2014, pág. 72).*

Sobre su régimen normativo, además del decreto 777 arriba citado, se han expedido algunas otras normas como el Decreto 1787 de 2004 donde se destacan reglas que le son aplicables como: (i) La propiedad del inmueble entregado en leasing habitacional recae en la entidad arrendataria durante el término del contrato; (ii) El derecho de dominio se mantiene por el arrendatario hasta que se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor; (iii) la entidad adquirente deberá suministrar al locatario de manera anualizada la información suficiente respecto de las condiciones de operación del leasing habitacional donde se incluyan los montos imputados al precio del bien, costos financieros y seguros; (iv) no requiere escritura pública sino hasta el momento de hacer la transferencia de dominio; entre otros.

Finalmente se precisa que si bien existe una dicotomía doctrinal en torno a la naturaleza del Contrato de leasing habitacional, pues tratadistas manifiestan que tal no puede adoptarse en este tipo de contratos, especialmente porque la naturaleza del bien adquirido no tiene la capacidad de aportar con la construcción de capacidad o capital de trabajo que facilite el tránsito de los recursos provenientes del ahorro para enfocarlos en la producción, su naturaleza en Colombia tiene un origen normativo a través de los decretos ya mencionados, de tal forma que para efectos prácticos, esa es la tipología contractual en la que debe adscribirse.

### **2.1.3. Sobre el riesgo de prácticas abusivas (inclusión de cláusulas abusivas) en el marco del contrato de leasing habitacional**

De lo expuesto sobre el contrato de leasing habitacional puede concluirse de manera diáfana que es un contrato atípico dentro del sistema jurídico colombiano, cuya descripción normativa se hace como una operación donde el mercado financiero o entidad autorizada adquiere un bien inmueble destinado a vivienda, el cual se entrega a un locatario en tenencia para su uso habitacional pagando un canon periódico durante determinado plazo y a cuyo vencimiento puede ejercerse la opción de compra realizando un pago adicional. Sus características son las mismas del leasing financiero, es decir, son contratos consensuales, bilaterales, de tracto sucesivo y de adhesión, generándose algunas obligaciones adicionales que fueron citadas con anterioridad, especialmente sobre la propiedad del inmueble entregado, su derecho de dominio y el deber de información que recae en la entidad autorizada y a favor del locatario, sobre las condiciones del contrato y los valores imputados al precio del bien, seguros y costos financieros.

Para asociar el leasing habitacional con el desarrollo de la buena fe contractual del primer capítulo, se encuentran marcadores comunes como es el riesgo que se corre del abuso del derecho por parte de las entidades o de la parte dominante en los contratos de adhesión, en el entendido que podrían generarse condiciones que den un giro respecto de las utilidades de una de las partes al interior del contrato. La peculiaridad del contrato de adhesión reside en el hecho de no ser ambas partes las que redactan el clausulado, sino que éste es desarrollado e impuesto por una de ellas a la otra, debiendo adherirse plenamente a lo redactado. En este tipo de contrato puede darse en muchas ocasiones oportunismo por parte de quien teniendo todo el conocimiento redacta las cláusulas y el contenido del contrato, partiendo de conocimientos profesionales y poniéndose de presente a personas inexpertas en esos tópicos.

El otro marcador a tener en cuenta es el derecho u obligación de información detallada que recae en la entidad financiera o autorizada respecto de las condiciones de los costos del contrato, de tal forma que se logre prevenir el oportunismo contractual y con ello evitar prácticas abusivas en detrimento de los derechos del locatario que puedan vulnerar la buena fe objetiva. Ambos escenarios descritos, se prestan para que la parte oportunista y beneficiada redacte cláusulas abusivas en el marco del contrato estudiado, las cuales, está por demás mencionar que son prohibidas en Colombia:

*“Artículo 42. Concepto y prohibición. 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. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.*

*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.” (Ley 1480 de 2011)*

Quiere decir lo expuesto que el oportunismo contractual y uso abusivo del derecho son prácticas vedadas en el ordenamiento jurídico colombiano y que se aplican de manera universal a las relaciones contractuales, incluyendo al leasing habitacional, donde, en tal virtud, se entenderán prohibidas aquellas cláusulas que produzcan un desequilibrio injustificado de la ecuación del contrato en detrimento del consumidor

financiero o locatario, más aún cuando ello se deriva de la ignorancia sobre las condiciones especiales de los pagos que debe efectuar en el marco del contrato.

En este punto del escrito y de manera previa a realizar el análisis de las condiciones que se pretenden retratar, tal cual es determinar si se da un ejercicio abusivo del derecho en contra del locatario cuando se trata del contrato de leasing habitacional, se deberá definir la naturaleza del impuesto predial.

## **2.2. Sobre el impuesto predial**

El impuesto predial unificado ha sido por excelencia un gravamen de tipo real que recae sobre el valor del inmueble, sin tener en cuenta el sujeto pasivo, gravámenes o deudas que sobre el bien recaigan. pese a venirse aplicando de tiempo atrás, el ordenamiento jurídico actual desarrolla su fuerza desde el artículo 317 de la Constitución Política de Colombia, donde se autoriza a los municipios a gravar la propiedad de los inmuebles para sufragar los gastos públicos, norma superior que debe ser armonizada con los artículos 13 y 14 de la Ley 44 de 1990 donde se plasma la obligación de declarar y pagar el impuesto predial unificado por quien ostente la calidad de propietario o poseedor de un bien inmueble dentro de determinado municipio o distrito. Sobre este impuesto, el Consejo de Estado ha señalado:

*“...La norma que regula y autoriza la creación del impuesto predial unificado es la Ley 44 de 1990 (...) Según la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el impuesto predial unificado es un gravamen de tipo real que recae sobre el valor del inmueble sin consideración a la calidad del sujeto pasivo y sin tener*

*en cuenta los gravámenes y deudas que el inmueble soporta. (...) el hecho generador del impuesto predial unificado “está constituido por la propiedad o posesión que se ejerza sobre un bien inmueble, en cabeza de quien detente el título de propietario o poseedor de dicho bien, quienes, a su vez, tienen la obligación, según corresponda, de declarar y pagar el impuesto” (Consejo de Estado. Sentencia del 29 de junio del 2017 -19825-)*

En ese orden de ideas, el impuesto predial es de naturaleza real y busca gravar la propiedad o posesión de los bienes inmuebles que se ubican en determinado ente territorial, de tal manera que el sujeto pasivo es el propietario o poseedor del bien inmueble gravado.

Ahora, por ser de importancia dentro del presente asunto, se estudiará en virtud de las formas del contrato de leasing habitacional en Colombia, quien es realmente la persona encargada de realizar el pago del impuesto predial.

### **2.2.1. Pago del impuesto predial en el leasing habitacional**

Para abordar este punto, se traerá a colación la cláusula de las obligaciones del locatario según la forma general de los contratos de leasing habitacional en Colombia:

*Obligaciones del Locatario. (...) (x) **Pagar oportunamente el impuesto predial**, las multas, gravámenes de valorización y las tasas, valorizaciones o contribuciones que recaigan sobre el(los) inmueble(s) objeto de este contrato y presentar anualmente ante (xxxxxxx), en la oportunidad que este lo requiera, el último de cada*



*uno de los recibos por estos conceptos debidamente cancelados, para lo cual el Banco confiere poder especial amplio y suficiente a EL LOCATARIO, para que suscriba en nombre y representación de (xxxxxxx) las declaraciones del impuesto predial, correspondiente a el (los) inmueble(s) objeto del presente contrato”<sup>6</sup>*

Esta obligación que se puso en cabeza de los locatarios, también aparece descrita en distintos blogs especializados que describen las características y obligaciones del contrato de leasing habitacional en Colombia, pasándose a transcribir especialmente lo relativo al pago del impuesto predial:

***“¿Qué cobros adicionales tiene el leasing con respecto al crédito tradicional?***

*Tanto en un leasing habitacional como en un crédito hipotecario las personas asumen gastos como:*

*Avalúo del inmueble; honorarios de abogados por estudio de títulos; seguro de incendio y terremoto; seguro de vida; gastos de mantenimiento de la vivienda, incluyendo administración, servicios públicos; impuesto predial; gastos de escrituración y registro (al inicio: en ambos productos, gastos de escritura y registro de la compraventa del inmueble. (El sitio inmobiliario, 2019)*

---

<sup>6</sup> Clausulado extraído de un contrato de leasing habitacional del BANCO BBVA en Colombia y que, visto en su contexto, guarda estrecha similitud con las formas que utilizan las demás entidades financieras que utilizan ese contrato en el país.

*(...) Recientemente, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Dian, emitió un concepto en virtud del cual bajo un contrato de arrendamiento financiero (“Leasing”), el impuesto predial no es deducible para quien funja como arrendatario financiero (“Locatario”). Con base en este concepto y teniendo en cuenta que usualmente en dichos contratos se pacta la asunción del impuesto predial por parte del Locatario, para éste, dicho importe debería constituir fiscalmente un mayor valor pagado a la compañía de leasing o banco (“Compañía”). Por otro lado, en nuestra opinión, para la Compañía se generaría un ingreso por el monto del predial asumido por el Locatario y a su vez una deducción (ergo este monto solo tendría efectos en el Impuesto de Industria y comercio, ICA para la Compañía, pues para renta el efecto sería neutro). Correlativamente, este impuesto asumido por el Locatario debería tomarse como un mayor valor del pago por Leasing a favor de la Compañía, generándose el tratamiento que corresponda de acuerdo con el artículo 127-1 del Estatuto Tributario (ET).*

*La lógica expuesta por la Dian para concluir que el Locatario no puede deducir el predial, es que los sujetos pasivos del predial (responsables de girar el impuesto a las autoridades) son el propietario o el poseedor. Al respecto, la Entidad aclara que bajo el Leasing financiero el propietario formal del inmueble es la Compañía y el Locatario es un tenedor (tenedor bajo un Leasing, pero no poseedor). (Rodríguez Bravo, 2018)*

Es concludible que la parte encargada de asumir el impuesto predial en Colombia cuando se trata del contrato de leasing habitacional, es el locatario, situación que se analizará a continuación.

### CAPÍTULO III

#### **SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA RESPECTO DEL PAGO DEL IMPUESTO PREDIAL EN EL MARCO DEL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL.**

En las relaciones negócias con la banca existe un alto riesgo del ejercicio de posiciones dominantes que influyan en las etapas de negociación, ejecución y terminación del contrato, lo que debe tener una protección superior por parte del Estado, según ha dicho la Corte Constitucional:

*“ Los gobiernos deben elaborar, reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas. Al respecto, los gobiernos deben guiarse por su adhesión al Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General en su resolución 35/63, de 5 de diciembre de 1980.*

*. Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores. (...)*” (Sentencia C 313 del 2013)

Precisamente en el marco de esa protección que se debe dar al consumidor financiero, la Ley 1328 de 2009 en su art. 7 literal C, trae una de las obligaciones especiales de las entidades vigiladas, entre ellos los bancos y personas autorizadas para operar contratos de leasing, en donde les corresponde suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado, logrando que, en los términos del estudio de la buena fe objetiva, especialmente en lo relacionado con la información, se logre equilibrar su manejo y se eviten maniobras oscuras, espurias o engañosas que afecten al consumidor financiero, obligación que también se plasma de manera expresa cuando se desarrollan los deberes de la entidad autorizada para operar el leasing habitacional, al exigírsele la rendición de informes anuales al locatario de la información completa sobre obligación y pagos derivados del contrato.

Es precisamente éste uno de los puntos donde se encuentra que la entidad incurre en una posición abusiva del derecho pues, sobre el impuesto predial sólo se menciona que le corresponde al locatario su pago sin hacer mención adicional y sin explicar que ello, implica un costo adicional del contrato de leasing habitacional y que puede generar un perjuicio injustificado en cabeza del consumidor financiero, lo cual genera además un desequilibrio en la información y con ello el ejercicio del oportunismo contractual que podría inclusive, en los términos del Código Civil colombiano, viciar el consentimiento del contrato según se indicó en precedencia.

El párrafo anterior necesita explicarse en el entendido que le corresponde anualmente al locatario realizar el pago del impuesto predial del bien que le es entregado en tenencia, aun cuando la naturaleza de dicho impuesto es sobre la propiedad

o posesión del bien, situación evidenciada que trasciende hasta el punto que, la DIAN niega la deducción de dicho impuesto de la declaración de renta del locatario que en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y aparentemente tributarias, realiza el pago al cual está obligado en virtud del leasing firmado. Si bien esto en inicio podría no tener una incidencia muy visible, si se analiza la naturaleza del impuesto predial en virtud de la propiedad del bien, es decir que recae en cabeza del propietario (bancos o entidades financieras autorizadas), se está generando una erogación adicional al locatario sin que sea objeto de información, explicación o inclusive, sin estar dentro del estudio de los cálculos que se entregan anualizados al consumidor.

Ahora, el evento más lesivo para los intereses del locatario se da cuando realiza el pago de dicho impuesto durante el término del contrato de leasing y no ejerce la opción de adquisición o compra, de tal manera que el impuesto pagado durante ese interregno de tiempo y que le correspondía a la entidad financiera por ser quien ostentaba la propiedad del inmueble, es perdido por el locatario, generándose una variación desfavorable para sus intereses y que beneficia al propietario del inmueble que, en un claro ejercicio de omisión de sus deberes de información, además del ejercicio abusivo del derecho y del oportunismo contractual, genera una condición que traslada ganancias no pactadas a su favor, afectando así la ecuación inicial bajo la que se había generado el contrato generando un desequilibrio a su favor.

En este punto, surge un interrogante importante, tal cual es, ¿si se supera el escollo generado en la falta al deber de información por parte de las entidades bancarias, se superaría lo abusivo de la práctica que se estudia?, la respuesta es no, en el entendido que sigue siendo un punto pactado que, en razón de la naturaleza del impuesto predial y de los elementos del contrato de leasing habitacional, se torna en abusivo y genera una

desproporción a cargo del locatario. Sin embargo, la asimetría en la información sigue siendo un elemento de importancia incalculable, pues la ignorancia del consumidor financiero sobre la existencia de cláusulas oscuras y que pueden generar detrimento de su posición en la ecuación del contrato, se convierte en la principal causal de que este tipo de actuaciones no sean censuradas por las entidades de control, o en su defecto por la justicia. Lo anterior, encuentra explicación desde la naturaleza democrática de la función judicial, en el entendido que sólo lograrán regularse a través del poder de los jueces, aquellas situaciones que se dialogan en sede jurisdiccional.

Independiente del origen del abuso del derecho por parte de las entidades bancarias, bien puede ser, por el simple hecho que a través de un contrato de adhesión como lo es el de leasing habitacional se impone al consumidor financiero una erogación que por ley le correspondería asumir a la entidad, o que se logre su concreción a través de una asimetría en la información materializada en el ocultamiento de los términos legales del impuesto predial para los bienes que se entregan en la figura contractual que se estudia, de tal forma que el arrendatario o tomador pueda entender que se le está causando una erogación más allá de lo pactado en las cargas y en la ecuación del contrato, se permite concluir de manera diáfana que, en la imposición del pago de impuesto predial que existe en el contrato de leasing habitacional, se concreta una práctica oportunista.

Manifestación anterior que tiene sustento, en el entendido que, imponiendo al arrendatario el pago de un impuesto que por ley corresponde al propietario del inmueble, sin pacto alguno de devolución en determinadas condiciones, como debería suceder cuando no se ejerce la opción de compra, genera una transferencia de patrimonio o de riqueza que se torna lesiva para el usuario financiero y que beneficia a

la entidad bancaria, toda vez que, sin ser planteado en el cálculo de sus ganancias, se estaría lucrando en virtud de una cláusula evidentemente abusiva.

Ahora, en cuanto a la oportunidad perdida por parte del usuario financiero que le permita sacar un mejor partido, o lograr una mejor negociación contractual, realmente se torna en un concepto abstracto en el entendido que, por estarse estudiando un contrato de adhesión como es el de leasing, no existe posibilidad de negociación o pacto diferente al preestablecido en las formas. Sin embargo, el ocultamiento de información, o manejo asimétrico de esta, como ya se dijo, impide que el usuario financiero tenga una real noción de las situaciones paralelas a la legalidad que se están pactando, como es que se le exija el pago de un impuesto que por ley, está a cargo del propietario del bien inmueble – entidad financiera- y con ello, se truncan las posibilidades de acudir a mecanismo administrativos o judiciales, que permitan reivindicar esa falta de oportunidad negocial por parte del consumidor.

Finalmente, por la naturaleza del contrato de leasing, existen obligaciones que se desplazan de manera natural entre el operador o entidad y el tomador respecto del bien, tales como exigir la entrega del bien comprado, el saneamiento del mismo o aquel relativo a los vicios restituibles y mantener el bien asegurado según indica Durán B (2004, P.77), empero, tal condición no puede ser deprecada de un tributo como lo es el impuesto predial, pues su creación es de naturaleza legal y por el legislador se definen de manera clara sus elementos esenciales tales como el sujeto pasivo en torno a la propiedad, de tal forma que no se puede a través de las condiciones plasmadas en un contrato privado, generar cambios en la naturaleza de ese impuesto y que además de ser contrarias a la ley, atentan en contra del consumidor financiero.



Así, aun existiendo obligaciones desplazables al usuario financiero en materia del contrato de leasing y que pueden ser aplicables a la modalidad de habitacional, el pago del impuesto predial no es una de ellas, pues como se dijo, ello desdibuja la naturaleza del tributo pues genera un cambio sustancial en materia del sujeto pasivo, de tal forma que ello genera una situación contradictoria de la ley, sin que a través de la figura de las obligaciones desplazables sea factible excusar al operador financiero de imponer dicho pago al usuario.

### **A MODO DE CONCLUSIÓN**

En el desarrollo del trabajo, se logró entender el concepto de buena fe como una conducta social que se espera de las demás personas, con sus correlativas cargas de confianza y evitando el uso abusivo. En cuanto al caso Colombiano y para ser precisos en materia de la buena fe desde su aspecto contractual y objetivo, el concepto goza de gran amplitud y ambigüedad, pues sólo se explica a través de principios orientadores, sin que exista un sentido práctico o materializable.

Por tal motivo, se hace necesario recurrir a la conceptualización que se da en determinada corriente del derecho económico, en donde autores como Summers (1998) y Mackaay (2012), la desarrollan no desde su aspecto positivo, sino a modo de antinomia o contraposición a una serie de conductas claramente identificadas como de “mala fe”. En este punto Robert Summers, señala que la mala fe, debe ser equiparada con el oportunismo contractual, de tal forma que, el alcance de mayor importancia que puede tener la buena fe es precisamente el deber de abstención sobre conductas oportunistas que puedan irradiar daños o sorprender de manera negativa a una de las partes (Summers, 1968). Lo anterior puede resumirse en que, una de las partes, sea a través del sigilo o de la fuerza, de un giro en su beneficio y en detrimento de la parte contraria, a la relación pactada”En otras palabras, trata de obtener [más de lo que le

corresponde], una ventaja indebida, según lo determinado por el acuerdo de las "partes", las normas contractuales o la moralidad convencional "(Mackaay, 2012)

Cohen (1992, pág. 957) agrega al concepto que, el oportunismo es cualquier conducta contraria a una de las partes y que afecta las expectativas razonables que nacieron al suscribir el acuerdo de voluntades, pudiendo incluso viciar el negocio, en el entendido que la firma de un contrato engañoso, o con el que no se estaba totalmente de acuerdo, genera negociaciones oscuras o espureas. Este tipo de situaciones, usualmente se materializan a través del ocultamiento de la verdad y honestidad en las transacciones o con la firma de los contratos, divulgando información parcializada o asimétrica que permita el beneficio de una de las partes en detrimento de la otra, lo que es una conducta reprochable o de mala fe.

Dice Mackaay (2012, P. 165) que el aprovechamiento de la asimetría en favor de una de las partes, de tal forma que permita cambiar el entendimiento, comprensión o contenido de un acuerdo, es un elemento del oportunismo contractual, siendo una de las formas más practicadas, el ocultamiento intencional o divulgación estratégica de la información contractual (Williamson, 1985). De tal forma que, el deber de información en el marco de las relaciones contractuales, encuentra su razón de ser en evitar el ejercicio de posiciones dominantes y convalidar el constenamientos de las partes, lo que permite concretar la buena fe contractual y menguar efectos adversos derivados del conocimiento desigual del pacto contractual.

Ese deber de información para Colombia, especialmente en materia de relaciones con entidades financieras, se plasmó en la Ley 1328 de 2009 cuyo artículo 3 prescribe el derecho del consumidor financiero a la transparencia e información cierta, detallada, suficiente, clara y oportuna que permita conocer derechos, obligaciones y costos con las

entidades financieras vigiladas. De tal forma que, en este punto, se buscó evitar el ejercicio del oportunismo contractual por parte de las entidades que hacen parte del sector financiero y con ello limitar también el ejercicio de su posición dominante.

Así, la prevención de la asimetría en la información como componente del oportunismo contractual, permiten dar un alcance que se puede materializar como la buena fe objetiva, pues la dota de efectividad para proteger a la parte menos informada de una relación contractual o al usuario financiero de que, en desmedro de sus derechos o de un desequilibrio inesperado en la ecuación final del contrato, se oculte, o tergiversarse información importante y que con ello, se ejerza el uso abusivo de una posición dominante de aquella parte que por su naturaleza, labor o nivel de escolaridad, pueda tener una mejor información y entendimiento de la relación contractual.

Lo anterior, debe armonizarse con las precisiones realizadas sobre el contrato de leasing habitacional y la naturaleza del impuesto predial, pues sólo a través del entendimiento de esos conceptos, se puede llegar a la conclusión que se espera en este trabajo. Así, el leasing habitacional es una modalidad del leasing financiero, cuyas principales reglas se encuentra inmersas en el Decreto 1787 de 2004, a decir: i) La propiedad del inmueble entregado en leasing habitacional recae en la entidad arrendataria durante el término del contrato; (ii) El derecho de dominio se mantiene por el arrendatario hasta que se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor; (iii) la entidad adquiriente deberá suministrar al locatario de manera anualizada la información suficiente respecto de las condiciones de operación del leasing habitacional donde se incluyan los montos imputados al precio del bien, costos financieros y seguros; (iv) no requiere escritura pública sino hasta el momento de hacer la transferencia de dominio; entre otros.

Entonces, un elemento que debe ofrecer claridad total y meridiana al lector es que, en este tipo de contratos, realmente la propiedad del predio o del bien entregado en leasing, radica en cabeza de la entidad financiera. Ahora, si se tiene en cuenta que las entidades en Colombia que están habilitadas para suscribir este tipo de contratos, son las que están adscritas al sistema financiero, puede señalarse que, se corre un amplio riesgo respecto del abuso del derecho por parte de las entidades dominantes, en el entendido que se está, es pactando sobre contratos de adhesión y ello da la posibilidad que se pacten condiciones o cláusulas lesivas al usuario financiero, sin que le sea puesto de presente el riesgo o el alcance de las cláusulas acordadas.

Ahora, en lo que respecta al impuesto predial unificado, baste señalar que por excelencia es un gravamen de tipo real, es decir, recae sobre el valor del inmueble, de tal forma que la obligación de declararlo es quien ostente la calidad de propietario o a lo sumo, el poseedor de un bien. De tal forma que, si se entiende en el marco de las características descritas del contrato de leasing habitacional, debería correr por cuenta del poseedor o propietario del bien que para este caso, son las entidades que hacen parte del sistema financiero.

Con lo antedicho, se puede edificar la teoría de la existencia de una cláusula abusiva respecto del pago del impuesto predial en el marco del contrato de leasing habitacional, en el entendido que, se hace un ejercicio del poder dominante de la banca que lleva al consumidor financiero a acogerse a un clausulado que le resulta lesivo y además, que por la transgresión del deber de información, no se le comunica al mismo que del contenido del clausulado, la entidad financiera puede generar ganancias no previstas en perjuicio del patrimonio del consumidor.

Como se indicó en el capítulo anterior, las entidades financieras incurren en posiciones abusivas del derecho, especialmente en el marco de la cláusula que regula el pago del impuesto predial en los contratos de leasing habitacional, pues es una obligación que se pone a cargo del locatario, sin que exista mención o explicación adicional, sobre el costo adicional que ello representa y que a la postre, puede generar un perjuicio injustificado asumible por el consumidor financiero. Materializa lo anterior, además, un desequilibrio en la información y con ello el ejercicio del oportunismo contractual por parte de las entidades bancarias o financieras que se aprovechan de su posición dominante y ocultan de manera intencional, el contenido real de las cláusulas que incluyen en los contratos de leasing habitacional.

Si bien, es una situación que podría no tener incidencia visible en el contrato, lo que hace es imponer en cabeza de quien no le corresponde, el pago del impuesto predial, con el agravante que existen momentos y condiciones, como el no ejercicio de la opción de compra, que podría generar perjuicios y empobrecimiento del patrimonio del consumidor, pues, a su cargo se pone una erogación que no le corresponde y que al cabo de determinado tiempo, sin que ejerza la opción de compra del bien entregado en leasing, pierde esos pagos, sin que tenga derecho pactado al reconocimiento por lo menos parcial de esos valores, lo cual, evidentemente genera una alteración en la ecuación contractual y en los costos y ganancias esperados por las partes.

Así las cosas, bajo los argumentos que se explicaron en precedencia, se considera que la cláusula de pago del impuesto predial en cabeza del locatario dentro de los contratos de leasing habitacional representa una clara muestra de cláusula abusiva y del ejercicio del oportunismo contractual en el marco de los contratos de adhesión, por tal motivo, la propuesta por realizar puede concretarse de dos maneras:

Se debe realizar un correcto ejercicio del deber de la información en este tipo de clausulados, pues la buena fe contractual así lo exige, en el entendido que al final de la relación contractual pueden darse situaciones que varíen ostensiblemente las ganancias de la entidad financiera y con ello generar cambios sobre las ecuaciones contractuales al momento en que se suscribe el contrato de leasing habitacional. Sin perjuicio de ello, como se dijo en el texto, tal situación solo hará visible para el consumidor financiero su condición desigual frente a la entidad, pues en nada cambia las condiciones o clausulados del contrato de leasing habitacional, sin embargo, su conocimiento permitirá que tal situación se presente ante las entidades de control o inclusive ante la justicia, de tal forma que el dialogo con el Juez y su función democrática, pueda generar cambios ostensibles en el sistema financiero a largo plazo.

De igual manera, la solución más plausible y a corto plazo para superar el abuso del derecho materialmente en este tipo de casos, consiste en una variación en el clausulado de los contratos de leasing habitacional, precisando especialmente que, en caso de no ejercerse la opción de compra, la entidad bancaria deberá devolver o compensar el valor del impuesto predial que durante el término contractual pagó el locatario, para lo cual, se deberán incluir en este tipo de contratos clausulas como las siguientes:

- En caso que se plantee la restitución o compensación del valor del impuesto predial sin importar el ejercicio o no de la opción de compra: **CLAUSULA XX REEMBOLSO IMPUESTO PREDIAL-** Al finalizar el contrato, el tomador podrá reclamar la compensación o restitución total de las erogaciones por impuesto predial allegando copia de las facturas con su respectiva constancia de cancelación. En caso de ejercer la opción de compra el valor se compensará con

el pago final que corresponda. De no ejercerse la opción de compra se restituirán el total de pagos realizados por tal concepto, sin que se incluyan intereses, actualizaciones.

- En caso que se plantee la restitución del valor del impuesto predial sólo para cuando no se ejerce la opción de compra: **CLAUSULA XX REEMBOLSO IMPUESTO PREDIAL-** Al finalizar el contrato, si el tomador no ejerce la opción de compra, podrá reclamar la restitución total de las erogaciones por impuesto predial allegando copia de las facturas con su respectiva constancia de cancelación, sin que se incluyan intereses, actualizaciones.

## Trabajos citados

- Metrocuadrado. (2018). *¿QUÉ ES EL LEASING HABITACIONAL Y CÓMO FUNCIONA?* Obtenido de Metro cuadrado.com. <https://www.metrocuadrado.com/noticias/economia/que-es-el-leasing-habitacional-y-como-funciona-3384>
- Legis Editores. (2011). *Guía Práctica del Crédito de Vivienda en Colombia*. Bogotá: Legis.
- Corte Constitucional - Sentencia C 747 de 1999, C - 747 (Corte Constitucional Octubre de 1999).
- Corte Constitucional. Sentencia C-1194, C 1194 (Corte Constitucional 2008).
- Neme, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado - Universidad Externado de Colombia-*, 45 - 76.
- Cardili, R. (2004). *Bona fides tras storia e sistema (trad. a.)*. Turín: Giappiechelli.
- Martins Costa, J. (2015). *A boa fé no direito privado (trad. a.)*. São Paulo: Marcial Pons.
- Corte Suprema de Justicia (1938).
- Schopf Olea, A. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*.
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Mackaay, E. (2012). God Faith in civil law system. a legal -economic analysis. *Revista de Derecho Privado*, 1149 -177.
- Stiglitz, R. (1992). *Responsabilidad precontractual incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Llobet Aguado, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2011). *El deber de información contractual y sus límites*. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992/3432>
- Cano Plata , E. A., & Cano Plata, C. A. (2009). Los contratos, las asimetrías de la información en la salud, el riesgo moral y la selección adversa. *EAN*.
- República, P. d. (1993). Decreto 913 de 1993.
- Arrubla Paucar, J. A. (2002). *Contratos Mercantiles Tomo II*. Bogotá: Dike.
- Rodríguez Azuero, S. (1990). *Contratos bancarios*. Bogotá: Biblioteca Felaban.
- República, P. d. (2003). Decreto 777 de 2003.
- República, C. d. (s.f.). Ley 1480 de 2011.



Consejo de Estado. Sentencia del 29 de junio del 2017 -19825-, 19001233100020100000801 (Consejo de Estado 2017).

inmobiliario, E. s. (2019). Recuperado el junio de 2021, de <https://elsitioinmobiliario.com.co/el-leasing-habitacional-esta-en-auge-como-funciona/>

Rodríguez Bravo, S. (2018). *Asuntos: Legales*. Recuperado el junio de 2021, de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/sebastian-rodriguez-bravo-510921/deduccion-de-predial-bajo-leasing-financiero-2773403>

Sentencia C 313 del 2013 (Corte Constitucional 2013).

Summers, R. (1968). "Good Faith" in General Contract Law an the Sales Provisions of the Uniforms Commercial Code. *Virginia Law Review*.

Muris, T. (1981). Opportunistic Behavior an the law of Contracts. *Minnesota Law review*.

Cohen , G. (1992). The Negligence Opportunism Tradeoff in Contract Law. *Hosta Law Review*.

Williamson, O. E. (1975). *Markets and hierarchies: Analysis an Antitrust Implication*. New York: Free Press.

Williamson, O. E. (1985). *Las instituciones económicas del capitalismo: empresas, mercados y contratación racional*. Nueva York: Free Press.