CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | OFICINA JURÍDICA

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 19-06-2013 08:43
Al Contestar Cite Este No.: 2013EE0055727 Fol:14 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
DESTINO WILMER ROA MALAGON
ASUNTO CONCEPTO
OBS CONTRATO LEASING

2013EE0055727

80112-

Bogotá, D.C.,

Señor
WILMAR ROA MALAGÓN
Alcalde del Municipio El Castillo
El Castillo – Meta

Ref. CONTRATO DE LEASING.

1- SOLICITUD DE CONCEPTO.

Mediante radicado IE0031124 de abril 23 de 2013 recibimos su consulta, por intermedio de la Gerencia Departamental Colegiada del Meta, en la que solicita concepto sobre "*la calificación que deben tener las entidades financieras*" para celebrar un contrato de leasing para la "*compra*" de maquinaria pesada.

2. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución[1], ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "*sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General*"[2], así como las formuladas por las contralorías territoriales "*respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General*"[3], y las presentadas por la ciudadanía respecto de "*la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República*"[4].

En este orden, mediante su expedición se busca "*orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la*

[1] Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

[2] Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.
[3] Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.
[4] Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

gestión fiscal"[5] y "*asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten*"[6].

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Num. 16[7] del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

3.1. CONTRATO DE LEASING.

El leasing "*constituye una fuente de financiación de bienes de capital*"[8] y es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo y de naturaleza mercantil, mediante el cual una parte entrega a la otra un activo para su uso y goce, a cambio de un canon periódico durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al usuario, si éste último decide ejercer la opción de compra que cuando se trata de un leasing financiero se pacta a su favor.

La denominación "*leasing*" es una palabra en inglés que viene del verbo "*to lease*" que significa "*tomar o dar en arrendamiento*", pero que no recoge de manera suficiente la complejidad del contrato, por ser especial y diferente al simple arriendo; sin embargo, la legislación y doctrina mundial, incluida Colombia, lo ha nominado "*leasing*".

El Art. 2.2.1.1.1. del D.2555/10 define el contrato de leasing como se transcribe a continuación:

> *2Art. 2.2.1.1.1. Entiéndese 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"*

[5] Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.
[6] Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.
[7] Art. 43. OFICINA JURIDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (…) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.
[8] www.fedeleasing.org.co/conceptos/leasing.pdf recuperado el 28 de mayo de 2013.

Existen diversas modalidades de Leasing, que se enmarcan en el Leasing Financiero o el Leasing Operativo.

En el ***Leasing Financiero*** una Compañía de Financiamiento o Establecimiento Bancario autorizado, entrega a una persona natural o jurídica denominada "*EL LOCATARIO*"[9], la tenencia de un activo que ha adquirido para el efecto y que éste último ha seleccionado para su uso y goce, a cambio del pago periódico de una suma de dinero (*CANON*) durante un plazo pactado y a cuyo vencimiento, el locatario tendrá derecho a adquirir el activo por el valor de la opción de compra.

Este tipo de leasing se caracteriza por: ***(1)*** La entrega de un bien para su uso y goce; ***(2)*** El establecimiento de un canon periódico que lleva implícito el precio del derecho a ejercer la opción de compra; ***(3)*** La existencia a favor del locatario de una opción de compra al terminarse el plazo pactado, que podrá ejercer siempre y cuando cumpla con la totalidad de las prestaciones a su cargo; y ***(4)*** Que el bien objeto del Leasing sea susceptible de producir renta.

Así, el Art. 2.2.1.1.2 del D.2555/10, literal c) establece que "*c) El contrato de leasing o retroarriendo sólo podrá versar sobre* ***activos fijos productivos*** *equipos de cómputo* ***maquinaria o vehículos*** *de carga o de transporte público o sobre bienes inmuebles; el valor de compra del bien objeto del contrato deberá cancelarse de contado.''*. (Subrayado es nuestro)

De otra parte, el ***Leasing Operativo*** es un contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica denominada LA ARRENDADORA, entrega a otra, llamada LA ARRENDATARIA, la tenencia de un bien para su uso y goce a cambio del pago de un canon o renta periódica[10].

Este tipo de leasing se caracteriza por: ***(1)*** La entrega del bien; ***(2)*** El pago de un canon; y ***(3)*** La aptitud del bien para producir renta.

La diferencia fundamental consiste en que en el leasing financiero siempre existe una opción de compra pactada desde el inicio del contrato a favor del locatario, mientras que en el operativo sólo se presenta esta opción excepcionalmente y de existir, será por el valor comercial del bien (*Opción de compra a precio comercial*).

---

[9] Aunque en la legislación Colombiana se habla indistintamente de arrendatario y locatario, la costumbre mercantil ha utilizado el término locatario para señalar al usuario de los bienes en un contrato de leasing financiero, con el objeto de distinguirlo del arrendatario en contratos de leasing operativo o de arrendamiento.

[10] Artículo 2.2.1.1.4, D.2555/10. *Contratos de arrendamiento sin opción de compra.* Las compañías de financiamiento podrán, igualmente celebrar contratos de arrendamiento sin opción de compra, los cuales se sujetarán a las disposiciones comunes sobre el particular.

Así en el leasing financiero la vocación del bien es la de pasar al patrimonio del locatario, mientras que en el leasing operativo es la de permanecer en poder del arrendador.

El Art. 26 de la L.1328/09 al adicionar el literal o) del Art. 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF-, facultó a los Bancos a realizar operaciones de *"leasing y arrendamiento sin opción de compra".*

Sobre el particular, sea lo primero señalar que como resultado de la expedición de la L.1328/09 (*mediante la cual se autorizó a los establecimientos bancarios la realización de operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra*), los D.913/93 y D.1799/94 fueron recopilados en el D.2555/10 en sus (artículos) 2.2.1.1.1 hasta el 2.2.1.1.4 y 2.2.1.2.1 al 2.2.1.2.5, normas que están ubicadas en los capítulos I (*arrendamiento financiero o leasing*) y II (*otras operaciones*) del Título 1 (*operaciones autorizadas*) del Libro 2, correspondiente a las "*Normas Aplicables a las Compañías de Financiamiento*".

Por lo anterior, en la actualidad*, "La normatividad regulatoria de las operaciones de leasing, en sus distintas modalidades, es la consagrada en el Decreto 2555 de 2010, normatividad que se aplica indistintamente se trate de establecimientos bancarios o de compañías de financiamiento cuando actúen como arrendadores*[11]*".*

3.1.1. Antecedentes normativos del contrato de leasing en Colombia.

En Colombia los D.2369/69 y D.309/75 prohibían a las corporaciones financieras desarrollar operaciones de leasing. Luego, el Art.17 del D.148/79 permitió a las corporaciones financieras adquirir y mantener acciones de sociedades anónimas que tuvieran por objeto exclusivo realizar operaciones de arrendamiento financiero, quedando limitada dicha inversión al 10%.

Mediante el D.2059/81 se estableció que las sociedades de leasing quedarían sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera.

Luego el Art. 26 del D.2820/82 señaló que las compañías de leasing no podían realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público y el D.3327/82 autorizó a las corporaciones financieras a prestar recursos a las compañías de leasing.

En 1989 la Ley 74 ordenó el traslado de la vigilancia y control de las compañías de leasing de la Superintendencia Bancaria y remitió su organización a la L.45/23[12].

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentó el Art.11 de la L.45/23 mediante el D.3039/89, que se convirtió en el primer estatuto orgánico de las compañías de leasing, en el que: ***(i)*** Se definió a las sociedades de arrendamiento financiero (leasing) como aquellas que

[11] Concepto 2011075377-001 del 23 de noviembre de 2011, de la Superintendencia Financiera de Colombia.
[12] La L.45/23 organiza la banca privada y de emisión, así como la creación y organización de la Superintendencia Bancaria.

tenían capacidad legal conforme a su objeto para celebrar contratos en calidad de arrendadora; **(2)** Deberían ser sociedades por acciones que se constituirían, organizarían y funcionarían de acuerdo con la L.45/23, pudiendo realizar en forma exclusiva la actividad de leasing; **(3)** La denominación social debería estar conformada por la expresión "*arrendamiento financiero o leasing*"; y **(4)** Fijó el procedimiento para la obtención de la autorización por parte de la Superintendencia Bancaria, para poder desarrollando su objeto social.

En 1990 se expidió la Ley 45 como una reforma importante al sistema financiero y en la que se calificó como "*sociedades de servicios financieros*" entre otras a las sociedades de leasing; y autorizó a los bancos, a las corporaciones financieras y a las compañías de financiamiento comercial para participar en el capital de dichas sociedades de servicios financieros, abriéndose así la inversión en el sector de leasing.

3.1.2. Diferencia entre el Leasing y la venta a plazo.

La diferencia entre un contrato de leasing y una venta a plazo está en que mientras en el leasing se explota un bien, en la venta a plazos se traslada la propiedad.

Así, en el leasing la propiedad del activo está durante todo el contrato en cabeza de la compañía arrendadora, quien entrega su tenencia al locatario y le concede una opción para comprarlo a su finalización.

Por el contrario, en la venta a plazo la propiedad del bien desde el inicio del contrato está en cabeza del comprador, quien lo usa y disfruta con ánimo de señor y dueño aunque no haya pagado la totalidad del precio.

Además, en la venta a plazo la propiedad del bien se consolida plenamente y en forma automática cuando se paga la última cuota del precio de la venta, mientras que en el leasing sólo se consolida la propiedad en cabeza del locatario mediante el ejercicio de la opción de compra, una vez cumplidas todas las obligaciones a su cargo.

Así mismo, en la venta a plazo la propiedad del bien puede regresar al vendedor por la condición resolutoria tácita emanada de la forma de pago, mientras que en el leasing, el traslado del dominio nunca estará sujeto a condición resolutoria emanada de la forma de pago, porque sólo se da cuando esté cancelada la totalidad del precio y se ejerza la opción de compra.

3.1.3. Diferencia entre un contrato de leasing y un arrendamiento.

La diferencia entre un contrato de leasing y uno de arrendamiento está en que en el contrato de arrendamiento, el arrendador entrega un bien en alquiler al arrendatario, sin que éste tenga la posibilidad de adquirirlo a la finalización del contrato.

Por el contrario, en el leasing el locatario tiene la opción de adquirir el bien como ejercicio de una opción de compra pactada desde el inicio (*leasing financiero*), o por el ejercicio de una opción de compra a valor comercial (*leasing operativo*).

3.1.4. Diferencia entre un contrato de leasing y un crédito.

La diferencia entre un contrato de leasing y uno de crédito radica en que mientras el leasing tiene como condición esencial la entrega de un activo de propiedad de la Compañía de leasing al locatario, para su uso y goce, en el crédito lo que se entrega al cliente es dinero, debiendo el beneficiario del crédito devolverlo, junto con los intereses generados por la operación.

El pago periódico en el leasing es un canon, que puede o no contener amortización del valor del activo que se entrega, dependiendo de si se trata de un leasing financiero u operativo; mientras que en el crédito se pagan cuotas o inclusive un solo pago al vencimiento del plazo del mutuo, junto con los intereses.

En el leasing no hay traslado de la propiedad del bien entregado en arrendamiento durante el plazo del contrato, mientras que en el crédito, el dinero que se entrega en préstamo es traslaticio del dominio, porque es un bien fungible, y el deudor se obliga a devolver una suma de dinero igual más los respectivos intereses. En el leasing el bien entregado para uso y goce es el mismo durante todo el periodo del contrato, porque no se trata de un bien fungible.

3.1.5. Partes del contrato de leasing.

En el leasing financiero deben intervenir por lo menos dos partes, una Compañía de Financiamiento Comercial, propietaria del bien objeto del leasing, y un locatario, persona natural o jurídica que recibe la tenencia del mismo para su uso y goce.

Adicionalmente, suelen intervenir en el contrato sin que sean partes necesarias en el mismo, el proveedor de los bienes objeto del leasing y los co-locatarios y garantes. Así lo estableció la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2011091655 de enero 20 de 2012:

"Dentro de las partes que intervienen en el desarrollo de la operación de leasing se encuentran:

a) Arrendatario o locatario: Es el usuario o cliente del establecimiento de crédito quien determina la clase de maquinaria de acuerdo con sus necesidades y escoge al proveedor. Por lo tanto, es él quien da su conformidad sobre calidad y funcionamiento de los bienes en el momento de su entrega.

b) Arrendador o entidad financiera: Es el establecimiento de crédito que asegura el soporte financiero, es decir, su intervención tiene como propósito aportar recursos para adquirir el objeto de la operación (en últimas único interés). De ahí que transfiere a los demás las obligaciones que le corresponderían como arrendador.

c) Proveedor: Es la persona que de manera habitual, directa o indirectamente, ofrece, suministra, distribuye o comercializa productos con o sin ánimo de lucro. En el contrato de leasing financiero tiene una participación marginal, pero, por lo general, es quien se obliga en lugar del arrendador a entregar el bien, garantizar su funcionamiento y efectuar las reparaciones a que haya lugar, etc.

Ahora bien, tal como se expuso, algunas de las obligaciones que le corresponden a la entidad financiera pueden ser desplazadas a los otros sujetos que participan en la operación, ya sea al locatario o al proveedor. Por ejemplo, el deber de entregar el bien la trasfiere al proveedor así como la obligación de responder por los deterioros presentados como consecuencia de vicios ocultos o fallas de calidad del objeto. Por su parte, la carga de mantener la cosa en el estado en que sirva para la finalidad para la cual fue contratada, se desplaza al arrendatario quien asume las propias del dueño y debe soportar los costos de las reparaciones".

En el "*leasing habitacional*"[13] la ley faculta a los establecimientos bancarios para realizarlo, ordenando que estas operaciones se consideraran leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Ahora, en reiterados conceptos la Superintendencia Financiera ha establecido que "*este tipo de leasing sólo puede ser desarrollado por las compañías de financiamiento comercial -hoy compañías de financiamiento- (Artículo 12 de la Ley 35 de 1993 y 17 de la Ley 510 de 1999) y por los establecimientos bancarios (artículo 1º de la Ley 795 de 2003 y 26 de la Ley 1328 de 2009).*

En consideración a lo anterior, ninguna persona diferente a las mencionadas puede realizar leasing financiero en Colombia, so pena de estar incurso en el ejercicio ilegal de una actividad propia de entidades vigiladas por este Organismo y ser sujeto de las medidas de que trata el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993)[14]".

Así mismo, desde el punto de vista pasivo de la operación, cualquier persona natural o jurídica puede celebrar contratos de leasing financiero en calidad de locatario. Así mismo,

13 De acuerdo con la ley colombiana "se entiende por operación de leasing habitacional, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada -léase establecimiento bancario ó compañía de financiamiento comercial- 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".

14 Concepto 2010027830 de junio 1 de 2010 de la Superintendencia Financiera.

cualquier persona natural o jurídica puede celebrar contratos de leasing operativo en calidad de arrendatario.

3.1.6. Riesgos por vicios ocultos del bien entregado en un contrato de leasing.

En el contrato de leasing la Compañía de Financiamiento o Establecimiento Bancario autorizado, NO responde por los vicios o defectos del bien entregado, porque el locatario es quien especifica el equipo y escoge al proveedor de acuerdo con su criterio y experiencia.

Por lo anterior, la compañía de leasing queda exonerada de garantías por este concepto, pactándose para el efecto por lo general, cláusulas de exoneración por los vicios o defectos que pueda tener el equipo, así como también de la derivada de su eventual evicción.

Vale la pena anotar que en general las cláusulas de exoneración de responsabilidad por parte de la compañía de leasing, tienen como contraprestación la cesión de las garantías otorgadas por el proveedor y/o fabricante del bien, con el objeto de que de común acuerdo con la compañía de leasing el locatario pueda exigir las garantías cedidas.

Sobre este tipo de responsabilidad la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2002[15], estableció:

> *"Expresado en otros términos,* ***la compañía del leasing, es la regla, se sitúa al margen de la escogencia del bien****, la cual se verifica en función de las necesidades de quien habrá de ser contratista, quien determina -ex ante- sus características, funcionalidad, e incluso el proveedor mismo, según se delineó. En tal virtud, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing, de ordinario, se hace en atención a esos requerimientos específicos del cliente; a las indicaciones o señalamientos que previamente le han sido dados por él, de suerte que para la futura contratante, la causa inmediata para hacerse a la propiedad de la cosa, radica en la ulterior celebración del contrato de leasing -propiamente dicho- (negocio jurídico de aprovisionamiento). Ese, precisamente, es el móvil que explica la prenotada adquisición, la que se realiza, únicamente, en función de la celebración del contrato en comento, en consideración, huelga acotarlo una vez más, a que la entidad, motu proprio, no se convierte en propietaria para disfrutar directa y personalmente de la cosa, sino para permitirle a otro tal disfrute (negocio tenencial -y eventualmente dominical-) Esa es la ratio de su actividad comercial y, por contera, la explotación ordinaria de su objeto social (art. 20 numeral 2° C. de Co.)*
>
> *Expuesta así la teleología del leasing financiero, su razón de ser, es apenas lógico que, dadas estas características, de suyo connaturales a este tipo individual de negocio, la sociedad de leasing, no obstante ser la propietaria del bien; de haberse desprendido de la tenencia para facilitar el uso y goce y de otorgar una opción -futura- de compra al usuario o tomador del contrato, según se subrayó,* ***no está llamada -de ordinario- a responder por los defectos de calidad que presente la cosa, así como de los vicios o defectos ocultos que la hagan impropia para el fin perseguido por el usuario o que afecten la destinación que le es inherente, habida cuenta que ella, de una parte, no tuvo en la operación***

[15] Expediente Radicado 6462, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

descrita, ninguna participación o incidencia en la escogencia del bien y del proveedor y, de la otra, porque el rol que asumió fue el de simple dispensador de los recursos necesarios para la adquisición de aquel, con el fin de poder celebrar el contrato de leasing*. Tales, entonces, las razones medulares por las cuales la compañía de leasing, en el contrato en cuestión, no asume, en línea de principio rector, el riesgo técnico de la cosa, ni, por ende, una responsabilidad personal por tal concepto, conclusión ésta a la que, con rotundidad, también se ha arribado en otras naciones y modelos (...)"* (Subrayado es nuestro)

Así mismo, la Superintendencia Financiera mediante concepto 201109655 de enero 20 de 2012 estableció:

"*Adicionalmente, es de anotar que de acuerdo con Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) la responsabilidad de garantizar el funcionamiento del bien recae sobre el productor o proveedor, pues es obligación de éstos responder por la calidad, idoneidad, seguridad de los productos, de ahí que el consumidor pueda exigirles de manera directa el cumplimiento de la garantía de calidad.*

En este orden de ideas, con independencia de las acciones que estime pertinentes adelantar ante el proveedor o productor del bien objeto del contrato, existe obligación del locatario de continuar con el pago de los cánones de arrendamiento, dada la financiación que se otorgó por parte del establecimiento crediticio".

3.1.7. Riesgos por deterioro, pérdida o destrucción del bien.

En el contrato de leasing el locatario es el responsable de reparar el bien, así como de asumir los deterioros y la pérdida del mismo.

El Art. 2.2.1.1.2, literal b) del D.2555/10 establece que las compañías de financiamiento *"No podrán asumir el mantenimiento de los bienes entregados en arrendamientos financieros ni fabricar o construir bienes muebles o inmuebles.*"

Los repuestos que se incorporen al bien pertenecen a la Compañía de leasing, y las reparaciones o adiciones deben ser acordes con las prescritas por el fabricante (y/o proveedor) a efecto de prevenir alteraciones que pudieren llegar a afectar el adecuado funcionamiento del bien.

En consecuencia, en el leasing el riesgo de deterioro, pérdida ó destrucción del bien es transferido del propietario (y/o acreedor) al locatario.

La Superintendencia Financiera mediante concepto 2011091655 del 20 de enero de 2012 estableció*: "Algunas de las obligaciones que le corresponden a la entidad financiera pueden ser desplazadas a los otros sujetos que participan en la operación, ya sea al locatario o al proveedor. El deber de entregar el bien corresponde al proveedor así como la obligación de responder por los deterioros presentados como consecuencia de vicios ocultos o fallas de calidad del objeto, en tanto la carga de mantener la cosa en el estado en que sirva para la finalidad para la cual fue contratada, se desplaza al arrendatario quien asume las propias*

del dueño y debe soportar los costos de las reparaciones. De acuerdo con Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) la responsabilidad de garantizar el funcionamiento del bien recae sobre el productor o proveedor, pues es obligación de éstos responder por la calidad, idoneidad, seguridad de los productos, de ahí que el consumidor pueda exigirles de manera directa el cumplimiento de la garantía de calidad".

3.1.8. Responsabilidad por los daños que se causen a terceros con el objeto del contrato de leasing.

En los contratos de leasing, la responsabilidad de los daños o perjuicios que cause a terceros el activo objeto del contrato, es de quien ostenta la tenencia del mismo. Por lo anterior, aunque la Compañía de leasing sea la propietaria del bien, como su guarda y tenencia corresponde al locatario, es éste quien debe responder por los perjuicios que cause el bien a terceros.

3.1.9. Seguros en los contratos de leasing.

Como los locatarios son los responsables por el deterioro, pérdida, destrucción y robo del bien objeto de un contrato de leasing, así como por su mantenimiento y conservación, están obligados contractualmente a mantener asegurado contra todo riesgo y hasta su restitución, dicho bien.

Así mismo, puede pactarse la obligación de los locatarios de asegurar hasta por una suma determinada, los daños y perjuicios que el funcionamiento o la utilización del bien pueda ocasionar a terceros.

Aunque los locatarios deben pagar las primas de los seguros y sus renovaciones, en el contrato se puede facultar a la compañía de leasing para que contrate y/o pague las primas de los seguros a nombre y por cuenta de los locatarios, quienes deberán cancelar estos pagos a la compañía.

Por tener la calidad de propietaria del bien, la compañía de leasing debe ser la beneficiaria de los seguros en los contratos de leasing.

3.1.10. El término de ejecución en los contratos de leasing.

Dadas las características del contrato de leasing financiero, el cumplimiento de obligaciones reciprocas debe darse durante el plazo acordado, de tal forma que el ejercicio de la opción de compra, en principio, debe realizarse al finalizar dicho plazo.

No obstante, las partes pueden acordar su terminación anticipada, en cuyo caso deben estipularse las condiciones a que estaría sujeta dicha terminación.

Vale la pena comentar que la propia Superintendencia Bancaria ha conceptuado que "*en el contrato de leasing el plazo juega un papel fundamental pues su determinación consulta y obedece al interés de ambas partes de manera que, los derechos a él sometidos no son exigibles antes de su vencimiento. Así las cosas, ninguna de las partes puede ampliar o restringir unilateralmente el plazo fijado para la ejecución del contrato sin asumir las consecuencias que acarrea su incumplimiento*". (Superintendencia Bancaria, consulta, oficio 95042561-1 del 18-08-96).

Así, como el contrato es irrevocable, el bien no puede ser devuelto a la Compañía de leasing antes de plazo pactado.

3.1.11. El costo en los contratos de leasing.

El costo del leasing dependerá en primer lugar de si se trata de un leasing financiero u operativo, porque como lo señaló la Superintendencia Financiera en su concepto 2010027830-002 del 1 de junio de 2010, refiriéndose al leasing operativo: "*Excepcionalmente al final del término del contrato las partes puedan acordar la compra venta de los bienes de acuerdo con su valor comercial, en la medida en que en los cánones de arrendamiento del contrato de leasing operativo no se amortiza al costo del activo, a diferencia de lo que sucede en el leasing financiero".*

Aclarado lo anterior, además señalamos que en los contratos de leasing hay dos tipos de costes: ***(1)*** El coste de la depreciación, que es el más caro de estos dos factores y ***(2)*** El coste del préstamo del dinero o financiero, que varía según el tipo de interés aplicable por la entidad arrendadora.

Así, el coste del leasing será un interés más el cálculo de la amortización del equipo. Para el cálculo del pago mensual total *(incluyendo el coste de depreciación más el coste del préstamo del dinero)* por lo general se utiliza la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Vi(1+i)^N - Fi}{(1+i)^N - 1}$$

Donde: R=Pago mensual, V=Valor actual del bien, F=Valor final del bien o valor residual *(opción de compra)* i=Tasa de interés *(expresada en términos mensuales*) N=Número de periodos o mensualidades

Por lo general el leasing es usado para cosas que se deprecian o se tornan obsoletos en un plazo no muy largo, como los vehículos o los ordenadores.

Cuando se trata de leasing financiero, el importe de las cuotas de arrendamiento incorpora la amortización del bien, los intereses del capital productivo (*coste financiero*), los gastos administrativos y a veces una prima de riesgo por si falla la empresa arrendataria. A esta

cuota se le añaden los impuestos indirectos vigentes para este tipo de operaciones (*por ejemplo, el IVA*). Por lo anterior, su coste a veces es mayor que el de otras formas de financiación.

3.1.12. Impuestos de los bienes entregados en leasing.

Como cuando se entrega un bien en leasing, la Compañía de Financiamiento o el Establecimiento Bancario autorizado, NO transfieren el dominio de dicho bien, por ésta razón, jurídicamente el bien les sigue perteneciendo hasta que el locatario ejerza su derecho a comprarlo, tal como lo señala el Art.2.2.1.1.1 del D.2555/10.

Por lo anterior, salvo disposición legal o convencional en contrario, quien debe responder por las obligaciones tributarias derivadas de la tenencia un bien, es su propietario jurídico, razón por la que en principio será a la Compañía de leasing quien deberá cumplir dichas obligaciones.

Sin embargo, los Art. 127-1 y 267-1 del Estatuto Tributario contemplan una excepción a la regla anterior, respecto del impuesto a la renta, consistente en que el bien entregado en leasing debe ser declarado por el arrendatario o locatario y no por el propietario jurídico.

Por lo anterior, como regla general los impuestos del bien entregado en leasing deben ser asumidos por la compañía de leasing, salvo el impuesto de renta, que por expresa disposición legal debe ser declarado por el arrendatario o locatario.

3.1.13. Modalidad de selección para la suscripción de un contrato de leasing por parte de una entidad estatal.

El contrato de leasing constituye una fuente de financiación de bienes de capital y a partir de 2006 "*todas las transacciones de leasing financiero, independientemente del tamaño de la empresa, deberán contabilizarse como un crédito, eliminando así los incentivos tributarios de usar esta fuente de financiación*"[16].

Para determinar el proceso de selección por el que se debe adjudicar, debemos tener en cuenta el Art. 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el Art. 94 de la Ley 1474 de 2011, que establece:

> "***Art.2. De las modalidades de selección***. *La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía, con base en las siguientes reglas:*

[16] Badía, Carmen y otros. Departamento de matemática económica, financiera y actuarial, División de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Barcelona. http://www.fedeleasing.org.co/Conceptos/leasing.pdf recuperado el 28 de mayo de 2013.

> 1. *Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.*
>
> *(...)*
>
> 4. ***Contratación directa**. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*
>
> *(...) b) Contratación de empréstitos. (...)"*

Ahora, para establecer si los contratos de leasing pueden entenderse incluidos dentro de la excepción del Art.2, Num.4, Literal c) de la L.1150/07, debemos tener en cuenta ¿Qué se entiende por empréstito? Así, encontramos la siguiente definición:

> "*un préstamo en el que la figura del sujeto activo, o prestamista, se sustituye por un conjunto de prestamistas denominados suscriptores del empréstito u obligacionistas, conservándose la unidad del sujeto pasivo o prestatario que en este tipo de operaciones recibe el nombre de emisor*.
>
> *El intercambio de disponibilidades monetarias entre el emisor (quien recibe la disponibilidad) y los obligacionistas (quienes la ceden durante un periodo de tiempo) se materializa mediante títulos los cuales reciben diferentes denominaciones como pagarés, cédulas, bonos, obligaciones, etc.*
>
> *Los empréstitos nacen fundamentalmente por dos razones. En primer lugar permiten al emisor obtener volúmenes de capital tan elevados que difícilmente un único prestamista podría hacerse cargo de la operación por el gran riesgo que comportaría. En segundo lugar, permiten la posibilidad de financiaciones a muy largo plazo, incluso en ocasiones a perpetuidad; a pesar de ello, los suscriptores del empréstito no están obligados a mantener los títulos hasta el vencimiento de la operación, sino que gracias a la existencia de mercados organizados pueden venderlos en cualquier momento al precio fijado en el mismo"*[17]

Por lo anterior, aunque el contrato de leasing constituye una fuente de financiación de bienes de capital, no está incluido dentro de la definición de empréstito, razón por la cual no le es aplicable la excepción consagrada en el Art.2, Num.4, literal b) de la L.1150/07 y como consecuencia, su adjudicación debe realizarse previa licitación pública.

De otra parte, la selección del proveedor del bien que se pretende adquirir bajo la modalidad de leasing, también debe realizarse mediante licitación pública o excepcionalmente, mediante selección abreviada, si se trata de un contrato de menor cuantía o si se trata de la adquisición de un bien de características técnicas uniformes y de común utilización,

[17] http://ocw.ub.edu/admistracio-i-direccio-dempreses/matematica-de-les-operacions-financeres/documentos-temari/5.1.Emprestitos%20Teoria.pdf documento recuperado el 29 de mayo de 2013.

informando en el respectivo proceso que la financiación se hará mediante un contrato de leasing.

4. CONCLUSIONES.

La Oficina Jurídica en ejercicio de la facultad establecida en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000 y el Art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se permite conceptuar:

(1) ¿Qué calificación deben tener las entidades financieras para celebrar un contrato de leasing para la "*compra*" de maquinaria pesada?

Como se explicó en la parte considerativa del concepto, tratándose de un contrato de leasing financiero, la adjudicación del contrato de leasing y la selección del proveedor del activo objeto del leasing, se deberá realizar mediante licitación pública.

Para el efecto, la entidad contratante deberá adelantar dos procesos de selección, el primero, para seleccionar el proveedor del activo que pretende adquirir y el segundo, para seleccionar la compañía de leasing.

En el proceso de selección de la compañía de leasing, la entidad contratante deberá exigir que las compañías participantes estén autorizadas por la Superintendencia Financiera para ofrecer este servicio.

Finalmente, le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace "*Normatividad*" de nuestro portal institucional: http:www.contraloriagen.gov.co

Cordialmente,

ALBA DE LA CRUZ BERRÍO BAQUERO
Directora Oficina Jurídica

Radicado: 2013IE0031124