



“Ventajas y desventajas del contrato de leasing en la contratación pública colombiana”

Autor

Alexander Vásquez Arbeláez

CC. 71.332.152

Asesor

Juan Camilo Herrera Diaz

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Vásquez Arbeláez, 2023)
Referencia	(Vásquez Arbeláez, 2023). <i>Ventajas y desventajas del contrato de leasing en la contratación pública colombiana</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Dedicatoria

A mis amigos sinceros y detractores.

Agradecimientos

A mis queridos guías académicos en la Facultad de Derecho.

TABLA DE CONTENIDO

	PAG.
1. Título: “VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE LEASING EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA”	4
2. Resumen.....	4
2.1. Abstract.....	5
3. Introducción.....	6
4. Desarrollo temático.....	8
4.1 ¿Qué es el contrato de leasing?.....	8
4.1.1. Principios de la contratación pública colombiana.....	11
4.1.1.1. Modalidades del contrato estatal en Colombia.....	13
4.1.2. Marco legal del contrato de leasing en Colombia.....	15
4.1.3. Marco legal del contrato de leasing a nivel internacional.....	18
4.1.4. Breve historia del contrato de leasing público norteamericano.....	20
4.2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de leasing en Colombia?..	21
4.3. Tipologías del contrato de leasing.....	23
4.3.1. Leasing financiero.....	25
4.3.2. Leasing operativo.....	26
4.4. Análisis económico del contrato de leasing público.....	27
4.4.1. Relación del derecho económico y el contrato de leasing público en Colombia.....	29
4.5. Carente formulación de proyectos de ley referentes a este tipo de contratos atípicos en la rama legislativa colombiana.....	31
4.6. Diferencias estructurales en materia legal atinentes al contrato de leasing y los contratos típicos ya regulados.....	35
4.7. EL LEASING Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA....	36
5. Conclusiones.....	38
6. Referencias bibliográficas.....	42

1. TÍTULO:

“VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE LEASING EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA”

2. RESUMEN

La imponente multiplicidad de convenciones pactadas en las relaciones económicas de las sociedades capitalistas, vuelcan su fijación en los contratos no versados en la legislación convencional; también llamados contratos atípicos y que son una novedosa forma de consolidar negocios de diverso tipo. Es así como la administración pública, consciente de dicha dinámica, ha empezado a desarrollar estas nuevas tipologías de contratos en el devenir correspondiente a su ocupación misional.

El contrato de leasing no es la excepción en esta afanosa carrera que busca ampliar el espectro económico y con ello generar mayor versatilidad a la contratación pública. Sumado a esta consideración, es fundamental que el aparato estatal use toda su capacidad legal, con el fin de simpatizar con nuevos modelos de contratación pública a través del arrendamiento financiero u operativo. Dado a que la nueva visión del contrato estatal propende a generar nuevos espacios que fomenten la inclusión de este modelo en las relaciones entre contratistas y entidades públicas, que responden a los retos trazados en un mundo globalizado.

Este trabajo busca dar a conocer básicamente en que consiste, como funciona, cuáles son sus partes, sus características esenciales, objeto, y si la regulación existente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, consagrado en el Código de Comercio, genera seguridad para su concreción. Es así como el contrato de leasing jugaría un importante papel al revelar sus potencialidades en el marco de la contratación estatal, toda vez que generaría una reducción en los costos operativos de las diferentes entidades bajo su tutela, que administran recursos y ejecutan obras en sectores de infraestructura como la construcción. Aunado a ello eximiría al Estado de paliar una carga significativa en la tenencia y conservación de bienes de capital bajo su dominio. No obstante, es preciso señalar que la inexistente regulación jurídica, la imposibilidad de contratar directamente

por parte de la administración con las entidades financieras y la compleja resolución de conflictos derivadas de este tipo de contratos atípicos generan desconfianza recíproca entre particulares y el sector público, que en definitiva afectan ostensiblemente la posible implementación de este modelo en la misión estatal de contratar a través del leasing obras de infraestructura de alto impacto y beneficio general a la población colombiana.

Palabras clave: Contratación pública, leasing, arrendamiento financiero

2.1 ABSTRACT: “Advantages and disadvantages of the leasing contract in Colombian public procurement”

The imposing multiplicity of conventions agreed in the economic relations of capitalist societies, turn their fixation on contracts not versed in conventional legislation; also called atypical contracts and which are a novel way of consolidating businesses of various kinds. This is how the Public Administration, aware of said dynamics, has begun to develop these new types of contracts in the future corresponding to its missionary function.

The leasing contract is no exception in this busy race that seeks to broaden the economic spectrum and thereby generate greater versatility in public contracting. This is how the new vision of the state contract tends to generate new spaces that promote the inclusion of this model in the relationships between contractors and public entities that respond to the challenges outlined in a globalized world. This work seeks to know basically what it consists of, how it works, what its parts are, its essential characteristics, object, and if the existing regulation within the Colombian legal system, enshrined in the Commercial Code, generates security for its implementation. This is how the leasing contract would play an important role by revealing its potential in the framework of state contracting, since it would generate a reduction in the operating costs of the different entities under its supervision, which manage resources and execute works in sectors of infrastructure such as construction. In addition to this, it would exempt the State from alleviating a significant burden in the possession and conservation of capital assets under its domain.

However, it is necessary to point out that the non-existence of legal regulation, the impossibility of direct contracting by the administration with financial entities and the complexity of resolving conflicts derived from this type of atypical contracts generate reciprocal mistrust between individuals and the public sector, that ultimately ostensibly affect the possible implementation of this model in the state mission of contacting infrastructure works of high impact and general benefit to the Colombian population through leasing.

Keywords: Public contracting, leasing, financial leasing

3. INTRODUCCIÓN.

La economía está formada por miles de empresas que producen los bienes y servicios de los que disfrutamos cada día¹, es por ello que diversos autores cuyo eje de especialización temática gira alrededor de una economía progresiva en la dinámica del mercado, se ha planteado la existencia de contratos atípicos que por lo general surgen debido a las necesidades mutantes de éste.

El contrato de leasing no es impropio a esta realidad y en consecuencia los numerosos esquemas contractuales propenden a consolidar nuevas prácticas estipuladas en el ordenamiento jurídico, aunque su visibilidad y práctica reiterada es ajena para un alto número de ciudadanos que desconocen su aplicación a diversos sectores de la economía colombiana. Aunado a ello, la normativa colombiana en materia es bastante precaria, lo que hace concluir que esta insuficiencia legal impida calificar como típico al contrato de leasing, toda vez que el legislador no ha reglamentado el contrato con la especificidad requerida suficiente como para darle cuerpo de un contrato típico, sin que ello signifique que se desdibuje la naturaleza independiente y especial de éste contrato frente a otras figuras contractuales.

El leasing financiero según Aldana (1983), desde su incursión en la práctica mercantil colombiana en los inicios de los años setentas del pasado siglo, ha planteado diferentes problemas jurídicos de gran envergadura teórica y práctica, fecundados precisamente

¹ Mankiw, N. Gregory. Principios de Economía, Los costos de producción, pág. 259

por la indeterminación que existe al momento de definir su estructura jurídica y calificarlo por su consistencia con los principios económicos que lo inspiran.

No obstante, la correcta implementación de proyectos de ley que condicionen, no solo la operatividad del contrato de leasing en el sector público, sino un entramado legal perfeccionado en el Congreso de la República, puede subsanar los defectos prácticos que se verán a lo largo del presente documento. Se trata de articular sectores estratégicos como la banca, la industria y el Estado, en procura de mejorar los procesos contractuales en materia de infraestructura y el desarrollo de nuevas propuestas de transversalidad que el derecho económico en Colombia parece ignorar.

En el marco constitucional colombiano² y sus principios rectores que rigen la administración pública, se destacan dos para el desarrollo temático como son la eficacia y la economía. Se evidencia de que, dándole un soporte más definido al contrato de leasing en nuestro ordenamiento jurídico, éste dejaría ver un sinnúmero de oportunidades en materia de contratación estatal a diversos sectores como son el transporte en lo relacionado con la ejecución de vías y construcción de obras civiles de diversa índole. En el minero energético con la puesta en marcha de proyectos de gran envergadura sin la necesidad de incurrir en los costos derivados de la tercerización y contratación directa de nuevos agentes económicos que reducen ampliamente los réditos netos de la operación al poner a disposición de los ejecutores de la obra, toda la maquinaria desde el Estado y con ello generando un margen de ganancia más amplio en las finanzas públicas. Igualmente se deben contemplar las ventajas desde el arrendamiento financiero de inmuebles que tengan posibilidad de compra una vez terminada la operación inicial de leasing, lo que abarataría costos en la transferencia del dominio, tasación del IPC previa y otros derivados de los gastos reflejados en la tramitación correspondiente.

² Constitución Política Colombiana; Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Cabe resaltar entonces que, si existen ventajas comparativas en cuanto a la implementación del contrato de leasing en el sector público, pero también es cierto que las desventajas de este tipo de contrato brillan con luz propia. Entre otras razones que se esbozaran en el texto, puedo señalar que una de las imperiosas estriba en la carente regulación y tipificación del leasing en el ordenamiento jurídico colombiano y que priva al Estado de aplicar a su actividad contractual el leasing como una alternativa sólida y razonable al entramado de la contratación pública.

4. DESARROLLO TEMÁTICO

4.1 ¿QUÉ ES EL CONTRATO DE LEASING?

También conocido como arrendamiento mercantil, es una *operación financiera*³ mediante la cual, una entidad (comúnmente conocida como arrendadora) pone a disposición de un cliente (denominado locatario), un activo, que está bajo su propiedad, por un periodo de tiempo y a cambio de un pago periódico de una suma de dinero, denominada *canon*⁴, que posteriormente en el modelo de *leasing financiero*⁵ tiene la opción de compra del bien contratado bajo dicha modalidad. Este mecanismo es usado por diversos actores del mercado, sean personas naturales o jurídicas para financiar la adquisición de activos productivos (ej. equipos, maquinaria, vehículos, inmuebles), sin que dichos locatarios sean titulares de dominio sujetos a registro en un primer momento de vigencia del prenombrado contrato.

³ El desarrollo de operaciones de leasing financiero en el tráfico colombiano es hoy en día una actividad propia y exclusiva de los establecimientos de crédito, los cuales se hayan sometidos a un rígido sistema de autorización y supervisión de carácter administrativo que en Colombia se encomienda a la Superintendencia Financiera. Según el concepto No 2007029151-001 del 29 de junio de 2007, para desarrollar la operación de leasing financiero debe constituirse un establecimiento de crédito y ceñirse a los parámetros señalados en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con lo dispuesto en el Título Primero, Capítulo Primero de la Circular Externa 007 de 1996 expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

La Superintendencia Financiera surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores mediante el Decreto 4327 de 2005, modificado posteriormente por el Decreto 2555 de 2010, la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 710 de 2012. La entidad es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Vivienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.

⁴ Fedesarrollo - Leonardo Villar Camila Pérez y Viviana Alvarado. El sector del Leasing. Informe Final. Bogotá, 12 de diciembre 2018

⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia, S. Casación Civil. Sentencia de 25 de Sep. 2007

Según establece VALENZUELA GARACH, el leasing es un contrato derivado de modelos norteamericanos surgidos en el inicio de la década de los cincuenta y muy frecuente en la práctica mercantil española; en América tuvo sus primeros vestigios en el desarrollo de infraestructura férrea, concretamente en los Estados Unidos y Canadá. En su mayoría ostentan una regulación originada en el *common law*⁶ y perfeccionadas en el contexto negocial norteamericano, se han expandido hacia los países de tradición codificada o lo del *civil law* en los que, si bien han alcanzado tipicidad social, no es muy frecuente su realización entre individuos del común que carezcan de conocimiento financiero.

El rudimento del leasing, parafraseando a Leyva (2003), tuvo su origen en los Sumerios, año 5.000 a. C. (Código de Hammurabi), y ha llegado a la modernidad del continente americano catalizado en la construcción del ferrocarril de Norteamérica como otra manera para la construcción de su red ferroviaria y la instalación del sistema telefónico.

Éste último esquema contractual aplica efectivamente a la esencia de esta aproximación teórica y que trata de condensar lo más cercanamente posible a la realidad de la contratación pública en Colombia; inexplorada hasta el momento, puesto que la falencia de una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, hace inviable su desarrollo contractual de manera eficaz en el sector público y con ello se pierde la oportunidad de ejecución en diversas áreas de la contratación de obra pública y tenencia de bienes raíces. Si el Estado colombiano aplicara los ejemplos descritos, podría avanzar significativamente en materia de infraestructura, ahorrando costos de operación y disminuyendo riesgos ligados a la tenencia y el dominio de un bien, mueble o inmueble bajo la figura contractual del arrendamiento financiero. Enfatizo que los locatarios están obligados contractualmente a mantener asegurado contra todo riesgo y hasta su restitución, dicho bien. En razón de la bilateralidad del contrato de leasing financiero, surgen, también, deberes para el usuario crediticio, quien verdaderamente

⁶ El Common Law es el sistema jurídico vigente en Inglaterra y en la mayoría de los países de tradición anglosajona, pero también da nombre a toda una tradición jurídica o familia del Derecho. <https://traduccionjuridica.es/que-es-el-common-law/>

reviste el carácter de deudor o acreditado, circunstancia que paso a explicar brevemente. Aparte del pago del canon y con apoyo en algunos de los planteamientos del tratadista Arrubla (2012), pueden explicarse así: 1) Hacer un correcto uso del bien y conservarlo en buen estado de funcionamiento; 2. Permitir la inspección del bien; 3. Restituir el bien al establecimiento de crédito si no ejerce la opción de adquisición; y 4. Asegurar el bien objeto del contrato”.

El usuario crediticio debe dar a los bienes que recibe el uso adecuado y velará por la conservación de los mismos. El derecho a usar y explotar la cosa, sin es del caso, no es ilimitado para el usuario crediticio; es más, se encuentra enmarcado dentro de ciertos límites. Ese uso y goce se deberá sujetar a los términos del contrato de leasing financiero; pero si nada se conviene sobre la utilización del bien, el uso deberá ajustarse a la presunta intención de los contratantes y al natural destino de la cosa.

La consecución de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual recae sobre el locatario. Lo primero en resaltar es que al cumplir juiciosamente con esta obligación, se salvaguarda y permite la sostenibilidad de la entidad financiera.

El contrato de leasing financiero beneficia a ambos contratantes y por tanto, responde en el cuidado de la cosa hasta la culpa leve (art. 1604 del C. Civil). El incumplimiento de esta obligación de conservación, hace responsable al usuario de los perjuicios que con su conducta ocasione e incluso da lugar a que el establecimiento de crédito pueda poner fin al contrato.

El usuario crediticio, como tenedor de la cosa, está obligado a efectuar las reparaciones locativas. Éstas son aquellas que tienen por objeto corregir los deterioros que experimenta la cosa por el uso normal que se hace de ellas.

El contrato de leasing según Asobancaria, es un contrato atípico⁷, es decir que no se encuentra expresamente regulado en la ley, motivo por el cual los derechos y las obligaciones de las partes se rigen, de manera principal, por lo establecido en el contrato, y en ausencia de estipulación contractual aplicable, por analogía de normas

⁷ Que se aparta de los tipos conocidos por sus características peculiares. <https://dle.rae.es/atípico>

establecidas⁸ en la ley para contratos tales como mandato, arrendamiento y compraventa. Esta precisión de atipicidad también es recurrente en la jurisprudencia⁹ de las altas cortes colombianas, que indican efectivamente que los criterios de interpretación contractual definidos por el Código Civil no son suficientes cuando la fuente obligacional tiene su génesis en un negocio atípico¹⁰.

No obstante, las definiciones y conceptos tomados de los prenombrados autores contribuyen a generar un amplio espectro y cuya tesis en materia comercial nos aporta elementos importantes para su análisis; pero difícilmente alcanza a poner en un vocabulario entendible el leasing desde la esfera jurídico-pública, por ende el axioma más acertado en mi entender es aquel aportado por la Contraloría General de la República en un pronunciamiento institucional que lo define así: El leasing *“constituye una fuente de financiación de bienes de capital”*¹¹ 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 favor¹².

4.1.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

Acorde con el Artículo 209 de la Constitución Política y los postulados de la Ley 80 de 1993, la contratación pública tiene como principales principios: transparencia,

⁸ <https://www.asobancaria.com/leasing/normatividad/>

⁹ CONTRATO ATÍPICO-Concepto y características. Lo constituye el contrato de leasing financiero. Reiteración jurisprudencial de las sentencias CSJ SC, del 23 de diciembre de 2002, Rad. 6462, de 22 de octubre de 2001, Rad. 5817 y 13 de diciembre de 2002, rad. 6462. (SC9446-2015; 22/07/2015).

¹⁰ Reiteración de la sentencia CSJ CS 22 de octubre de 201, Rad. 5817 y 13 de mayo de 2014, rad. 2007 00299 01. (SC9446-2015; 22/07/2015)

¹¹ www.fedeleasing.org.co/conceptos/leasing.pdf recuperado el 28 de mayo de 2013.

¹² Solicitud de concepto: Radicado: 2013IE0031124 Dirigido al Sr. Wilmar Roa Malagón, Alcalde del Municipio El Castillo/ Respuesta emitida desde Directora Oficina Jurídica ALBA DE LA CRUZ BERRÍO BAQUERO Avenida Carrera 60 No. 24-09, Piso 9 ☐ PBX: 6477000 EXT. 1111 Bogotá, D. C. www.contraloriagen.gov.co

economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad, en concordancia con los postulados que rigen la función administrativa¹³.

La transparencia en la contratación estatal, está íntimamente ligada a la moralidad administrativa, toda vez que ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad)¹⁴.

Otro principio esencial que paso a reseñar es el de economía, toda vez que para la función pública es fundamental optimizar al máximo los recursos y con ello propender a darle un manejo sano a las finanzas del Estado. Un manejo asertivo del erario, se refleja en obras que la sociedad civil disfruta y aprovecha en su cotidianidad.

La publicidad en este sentido juega un papel relevante desde la puesta en marcha de diversos canales no físicos en la contratación pública. Uno de ellos es Colombia Compra Eficiente y el Secop, en ambas versiones I y II. Este fenómeno de la contratación estatal por medios electrónicos ha servido para blindar de transparencia los procesos, el cual pretende reemplazar las prácticas tradicionales y los procedimientos de contratación por las nuevas alternativas ofrecidas por la era digital¹⁵. La publicidad entendida como sana práctica de la competencia de mercado, genera confianza en el sector privado de economía nacional, ya que la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones¹⁶. Igualmente, el contratista privado

¹³ Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Bogotá: Diario Oficial No. 41.094, 28 de octubre de 1993), arts. 23 y ss.

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

¹⁵ Martha Lucía Bahamón Jara. Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018 Pagina 18. 130 páginas; 17x24 cm. – (Colección Jus Público ; no. 26) Versión 978-958-5456-23-5 (digital)

¹⁶ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1510 de 2013, art. 7.

tiene acceso a los pliegos de condiciones y las cláusulas generales que regirán el contrato a voluntad de las partes que suscriben dicha convención.

Se comprende el principio del debido proceso como “aquel que tiene por finalidad hacer efectivas las garantías del derecho material de las entidades públicas contratantes y de los contratistas, la toma de decisiones justas y la materialización de otros principios como la seguridad jurídica y la legalidad”¹⁷.

El artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —Ley 80 de 1993— que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

4.1.1.1. MODALIDADES DEL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano provee de diversas modalidades de contrato estatal, entre las cuales se destaca en primera medida la licitación pública, a renglón seguido, la selección abreviada, el concurso de méritos, mínima cuantía y la contratación directa. Entre ellas se pueden evidenciar diferencias transversales que no necesariamente entraré a debatir en el escrito, sino únicamente a resaltar según su importancia y operatividad en el marco de la contratación estatal.

- Licitación pública
Dado a que los factores objetivos en la escogencia del oferente son visibles desde el primer momento que la Administración requiere suplir una necesidad de

¹⁷ Ibídem.

cualquier índole en el ejercicio mismo de sus funciones. De acuerdo con el párrafo del Artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la licitación es la regla para la celebración de los contratos estatales, en tanto esta asegura la mayor concurrencia de proponentes u oferentes, siendo previsto en la norma para materializar este presupuesto la publicación en medios tradicionales y electrónicos de la misma.¹⁸ A diferencia de otras modalidades de contratación pública, ésta brinda mayor seguridad al oferente y a sus competidores para participar en la consecución de un contrato estatal.

Acorde con Dussan Hitscherich y Herrera Santana, se requieren:

- a. Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes.
 - b. Respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del proceso.
 - c. Cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de selección del contratista.
 - d. Inalterabilidad del pliego de condiciones.
 - e. Acceso a todos los documentos que hacen parte del proceso, incluyendo las ofertas de los otros proponentes.
 - f. Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener la oferta, de manera que los proponentes no sean excluidos por meras formalidades, que no sean necesarias para comparar las ofertas¹⁹.
- La selección abreviada es otra modalidad de contratación estatal. se pretende agilizar y facilitar la consecución del objeto contractual en los casos en los que el tipo de contrato no amerita recurrir a la licitación pública y no encaja en los presupuestos normativos de la contratación directa²⁰.

¹⁸ Rodríguez Rodríguez, Derecho administrativo general y colombiano, 403.

¹⁹ Jorge Dussan Hitscherich y Fabián Humberto Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal” (tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2012), 10.

²⁰ Palacio Hincapié, La contratación de las entidades estatales, 698.

- Respecto al concurso de méritos, se indica que el Artículo 219 del Decreto 019 de 2012 define el proceso de selección de concurso público como la modalidad prevista para la selección de consultores, en la que podrán utilizarse sistemas de concurso abierto o de precalificación. En esta modalidad se busca un perfil profesional y ocupacional definido que esté acorde a las necesidades de la plaza laboral que se busca suplir. Dicha escogencia permite al contratante identificar subjetivamente cual es el candidato más indicado para contratar sus servicios. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.²¹ Es una modalidad de contratación enfocada en las consultorías y que según Dussan y Herrera tienen como finalidad la ejecución de una obra intelectual que requiere condiciones técnicas calificadas. En concordancia con el Artículo 3.3.1.2 del Decreto 734 de 2012 se puede señalar:
 - a. Propuesta Técnica Simplificada (PTS). En este caso, la entidad suministra “la metodología exacta para la ejecución de la consultoría, así como el plan y cargas de trabajo para la misma”. En este caso se puede hacer un concurso abierto o mediante preclasificación, dependiendo del número de proponentes.
 - b. Propuesta Técnica Detallada (PTD). Se trata de aquellos proyectos que pueden realizarse con “diferentes enfoques o metodologías”. Según la norma, en estos casos el concurso debe adelantarse mediante preclasificación de los proponentes, en la modalidad de lista corta.²²

Por último, otra de las modalidades a resaltar es la mínima cuantía; creada mediante el Artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 —Estatuto Anticorrupción— para todos aquellos casos en los cuales, sin importar el objeto particular del contrato. Se adquieran bienes, servicios u obras cuyo valor sea igual o inferior a un 10 % de la menor cuantía de la entidad contratante. Esta se efectúa de acuerdo con lo establecido en el Artículo en cuestión.

²¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1150 de 2007, art. 2.

²² Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 18.

4.1.2. MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE LEASING EN COLOMBIA

Haciendo un breve reconocimiento conceptual al erudito del derecho privado, el doctor Andrés Bello, encontramos en su magna definición del artículo 1973 consagrado en el Código Civil, en el que se conoce al arrendamiento como modelo contractual “*en el que una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo y la otra se obliga a pagar, como contraprestación, un precio determinado*”²³. La cuestión del leasing en el tema legal colombiano es problemática, debido a que no posee un marco estructurado que permita el acercamiento a una normatividad expresa en dicha materia, puesto que como señalé en los párrafos introductorios del escrito, el contrato de leasing carece de una ley específica que regule dicho contrato mercantil. No obstante, como indica acertadamente Gabriel Arias Barreto, las dos primeras normas a relacionarse *no estaban encaminadas a brindar una conceptualización del contrato de leasing y mucho menos a regular sus aspectos más generales*²⁴, sino que estaban orientadas a la restricción de operaciones de tal naturaleza por parte de las corporaciones financieras. Estas fueron los Decretos 2369 de 1960 y el 399 de 1975. En ambas disposiciones se restringía la práctica contractual de este modelo. En opinión de (Arrubla, 1992), intentar establecer hoy en día un paralelismo entre los contratos nominados (el nomen-causa), y la tipicidad (regulación) es prácticamente imposible, pues responden a conceptualizaciones completamente diferentes. Así tendríamos que no hay correspondencia entre lo atípico y lo innominado. En la legislación colombiana, por ejemplo, existirían contratos que son atípicos en el sentido de que sus contenidos no han sido disciplinados o estructurados expresamente por el legislador, que sin embargo están mencionados en normas que se refieren a ellos, como sucede con el leasing y el factoring.

Fue el Decreto 148 de 1979 por medio del cual se señaló que “*Las Corporaciones Financieras podrán adquirir y mantener acciones de sociedades anónimas cuyo objeto*

²³ TITULO XXVI. DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ARTÍCULO 1973. <DEFINICION DE ARRENDAMIENTO>.

²⁴ Arias-Barreto, G. (2019). Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial. Derecho Y Realidad, 17(33) e 9849. <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n33.2019.9849>

exclusivo sea realizar operaciones de arrendamiento financiero o "Leasing". La inversión no podrá exceder en ningún caso del 10% del capital pagado y reserva legal de la corporación. Sus directores y gerentes podrán formar parte de la Junta Directiva de las mencionadas sociedades". Con esta nueva perspectiva desarrollada en pro de abrir los mercados de capital que tenían represados en el sistema financiero, se dio paso a una nueva alternativa de expansión mercantil y que propiciara nuevos negocios inexplorados en el sector bancario.

Así pues que tras diversos intentos fallidos por parte del legislador, fue el poder ejecutivo que profiriera nuevamente el Decreto 2059 de 1981 al incluir en la regulación y control de las entidades que entre su portafolio de servicios incluían el contrato de leasing y que a renglón seguido sometió a este tipo de compañías a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Sociedades. Fue solo hasta la manifestación del Congreso de la República por medio de la Ley 74 de 1989²⁵ que se hiciera imperiosa la obligatoriedad de someter a los banqueros que manejaban el leasing dentro de su portafolio de servicios a los designios de la Superintendencia Financiera.

Solo dos años después de haber entrado en vigencia la Constitución Política de Colombia, se volvería a regularizar expresamente el leasing en nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 2º del Decreto 913 de 1993, el cual prevé:

"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

²⁵ Por medio de la cual se dictan normas sobre inversión extranjera en el sector financiero y se dictan otras disposiciones.

amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.”
(Decreto 913, 1993).

La consagración que hace el legislador colombiano en el Decreto 913 de 1993 y en mi propio sentir, es la definición más acertada del contrato de leasing, debido a que se establecieron las pautas generales para la intervención del Gobierno en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Valga aclarar que fue la Ley 35 de 1993, la que a través de su artículo 12, abrió la puerta a que las sociedades de arrendamiento financiero o leasing se convirtieran en compañías de financiamiento comercial. Desde ese momento se formalizó que estas compañías podían realizar operaciones activas de crédito de forma habitual, es decir, que podían realizar todo tipo de transacciones como es la captación de dineros del público.

En aspectos de legislación tributaria atinentes al contrato de leasing, Gabriel Arias Barreto recopila en su artículo de investigación²⁶ encaminado a descifrar las controversias del contrato de leasing que evidentemente hay una inclusión del modelo contractual en las leyes 223 de 1995 y 1004 de 2005 que tuvieron en cuenta el contrato de leasing en lo que al impuesto sobre las ventas se refiere, por su parte, para el año 2003, la ley 795 consideró el leasing habitacional como operativo para efectos contables y tributarios, modalidad de leasing reglamentada por los decretos 777 y 779 de 2003 y 1787 de 2004, con el objetivo de materializar el impulso a la construcción y a la financiación de vivienda.

4.1.3. MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE LEASING A NIVEL INTERNACIONAL

Las empresas de leasing están agrupadas en la Federación Europea de compañías de equipamiento de Leasing (LEASEROPE). Y a pesar de que fue en Gran Bretaña, donde inicialmente se remontan las primeras actividades relacionadas con este tipo de

²⁶ Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial

contratos, fue en los años ochenta, donde efectivamente se abrió la discusión respecto a la unificación de criterios atinentes a dicha materia.

En el ámbito internacional, las primeras manifestaciones que se resaltan en la consolidación de un anteproyecto que unificara la legislación internacional entre los países suscribientes del acuerdo, nos remontamos a 1984, en la 63ª sesión destinada a fortalecer un convenio internacional entre los banqueros, empresarios, asociaciones de leasing y delegados gubernamentales de Europa occidental, un Convenio llamado UNIDROIT, texto que se sometía a las operaciones de leasing a un control de Derecho uniforme para los que ratificaban tal acuerdo²⁷.

Posteriormente el proyecto elaborado por la Comisión de expertos gubernamentales, de abril de 1987 se discutió en la Conferencia diplomática de Ottawa y de la misma resultó la “Convención sobre arrendamiento internacional, adoptada el 20 de mayo de 1988 y que entró en vigor el 1º de mayo de 1995.

La pretensión económica del conglomerado internacional de los agentes económicos proveedores de los contratos de leasing en Europa, buscaban estimular las operaciones internacionales conservando un justo equilibrio²⁸ entre los que suscriben este tipo de contratos en cuanto a la voluntad de las partes, la legalidad del objeto a contratar, dirimir conflictos y adversidades entre las partes. El Convenio de Roma de 1980²⁹, presenta una jurisprudencia internacional concordante a que este tipo de conflictos se diriman bajo la legislación nacional del país en donde se suscribe el contrato de leasing.

El Tratado UNIDROIT contempla derechos y obligaciones a los contratantes, determina la posición jurídica de la entidad financiera y locatarios, valoraciones divergentes del leasing financiero internacional, así como las posibles cláusulas de exoneración de responsabilidad acorde a los bienes objeto del contrato. Cabe señalar que la legislación internacional es precaria también en este tipo de contratos en el universo jurídico

²⁷ María Sierra Flores, “El leasing internacional en el tratado UNIDROIT” 17/02/.

²⁸ Rodríguez Mateos, P. El contrato de Leasing mobiliario internacional. Madrid. 1997.

²⁹ Illescas, R. Convenio de Roma 1980. “El derecho del comercio internacional”. 1997

europeo, no obstante, es preciso señalar que Estados Unidos si ha logrado consolidar un vasto conglomerado de leyes que inclusive desarrollan apartados interesantes en la resolución de los pactos convenidos bajo esta figura contractual.

Según el Consejo de Estado en la jurisprudencia concordante con la aplicación de normas internacionales es importante indicar que en Colombia las empresas adoptarán y reportarán utilizando las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF, antes también conocidas como Normas Internacionales de Contabilidad NICs o por su sigla en Inglés IAS). Estas son normas emitidas por el International Accounting Standards Board (anterior International Accounting Standards Committee), para estandarizar la información financiera presentada en los estados financieros³⁰. Estas condiciones uniformes en el ordenamiento jurídico internacional son aplicables por las partes que suscriben este tipo de contratos en la comunidad internacional, sin embargo, es preciso indicar que solo agentes privados están supeditados a dichos convenios.

4.1.4. BREVE HISTORIA CONTEMPORÁNEA DEL CONTRATO DE LEASING PÚBLICO NORTEAMERICANO

Las primeras manifestaciones del modelo contractual público de leasing como lo conoce el mercado del sector financiero, se remontan al siglo XIX y el temprano siglo XX. En 1829, Massachusetts preparó un elaborado plan, este consistía en brindar apoyo del gobierno hacia particulares encargados de ejecutar obras públicas tendientes a conectar territorios dentro de los vastos territorios americanos. Catalizar dicha ayuda consistía especialmente en el envío de oficiales del Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos³¹ -el único depositario de conocimientos de ingeniería civil del país-, fue crucial para ayudar a la empresa privada a construir casi todos los ferrocarriles del aparato estatal. Con dichos empréstitos los inversores aseguraron la

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera Ponente: Dra. LIGIA LÓPEZ DÍAZ Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil seis (2006)

³¹ Salomon Van Oss, Frederik (1893). American Railroads and British Investors. London: Effingham Wilson & Co. p. 3

construcción de las vías, que actualmente funcionan en gran parte del territorio Norteamericano.

El desarrollo del "leasing" en los Estados Unidos fue arrollador, los bancos y entidades financieras tomaron interés en la operación y en menos de diez años se establecieron 800 sociedades dedicadas a la actividad. Los gobiernos estatales concedieron cartas que creaban la corporación empresarial y otorgaban un derecho limitado de dominio eminente, lo que permitía al ferrocarril comprar los terrenos necesarios, incluso si el propietario se oponía³².

De otro lado, la fórmula que permitió a los hombres de finanzas en EE.UU, procurarse de los medios económicos necesarios para financiar sus proyectos de expansión hacia el oeste, fue la *BELL TELEPHONE SYSTEM (BTS)*, creada por *Alexander Graham Bell*³³ y sus socios, que estaban directamente conectados por su parentesco y amistad. Esta empresa decide en el año de 1.920 alquilar sus equipos en lugar de venderlos, utilizando la operación de "leasing" operativo. Más adelante esta empresa se convertiría en la *American Telephone & Telegraph Company (AT&T)*. La interconexión estatal fue la base de generar vínculos entre el sector capitalista y el Estado. Esta faceta del sector privado estaba conectada directamente con el servicio público de comunicación que estaría regulado por el aparato estatal Norteamericano. La masificación del teléfono estaba supeditada a la expansión de una red alámbrica por todos los territorios de influencia del macro proyecto; por ende, alquilar los equipos ya instalados a nuevos operadores locales de telefonía era una estrategia lo suficientemente rentable para *BTS* sin arriesgar capitales invertidos.

³² Las líneas de ferrocarril tiradas por caballos se utilizaban para el transporte de piedra a corta distancia. Véase Gridley Bryant. En la década de 1820 ya funcionaban otros ferrocarriles construidos expresamente. La Delaware and Hudson Canal Company, que más tarde se convirtió en el Delaware & Hudson Railroad, construyó sus primeras vías en 1826 como ferrocarril de gravedad en Carbondale (Pensilvania), para transportar carbón desde una mina hasta el canal en Honesdale.

³³ Junto con muchos pensadores y científicos prominentes de la época, Bell estaba relacionado con el movimiento eugenésico en los Estados Unidos. En 1881 investigó la tasa de sordera en Martha's Vineyard, Massachusetts y el 13 de noviembre de 1883 presentó a la Academia Nacional de Ciencias su Memoir Upon the Formation of a Deaf Variety of the Human Race.

4.2 ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LEASING EN COLOMBIA?

Nuestro marco regulatorio en materia bancaria estableció el leasing financiero en el Decreto 913 de 1993, concretamente en su artículo segundo, con base en las costumbres y prácticas mercantiles vigentes para entonces, de la siguiente manera:

“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 periodo una opción de compra.”

Esta primera expresión nomológica del contrato de leasing en el país se debía principalmente a que diversos grupos financieros ya eran concededores y aplicaban soterradamente dicho modelo. No obstante, la primigenia voluntad del legislador señala que fue la Ley 45 de 1923, concretamente el artículo 85, aclarando que dicha ley estaba orientada a formular la operación del crédito bancario y con ella la aplicación técnica de formalidades sistemáticas del arrendamiento financiero como se le conoce actualmente, pero ello no era lo que realmente debía regular. Es decir que la hermenéutica suscitada por el legislador, se apartaba de los objetivos en materia contractual contenidos en la modalidad del contrato de leasing.

Pero con la volatilidad de los mercados de capital entre 1967 y 1974, fueron los Decretos 2369 de 1969 y 309 de 1975, que prohibieron a las corporaciones financieras desarrollar operaciones de leasing. Tal calificación negativa respecto al susodicho contrato, lo condenó a finales de los setenta, a ser una práctica suscrita exclusivamente a sectores privilegiados de la economía colombiana, dando pie a generar suspicacias tangibles en su aplicación³⁴.

Es así como en la costumbre mercantil el contrato de leasing es confundido con el contrato de arrendamiento, la venta a plazo, la venta condicionada y el crédito comercial, ocurriendo en muchas ocasiones que se le aplica la normatividad de estos

³⁴ Arbeláez, M.A., Villegas, F. y Salazar, N. (2004). El leasing en Colombia: diagnóstico e impacto sobre la inversión y el crecimiento. Cuadernos de Fedesarrollo, 13.

otros contratos comerciales³⁵. Tal exabrupto se comete indistintamente por los jueces civiles de circuito y hasta los propios magistrados de Tribunales en Colombia. Por fortuna la creciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el mismo Consejo de Estado, ha sido proclive a tender nuevos derroteros en la materia.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto 148 de 1979 y desarrollado en su Artículo 1º, se permitió a las corporaciones financieras adquirir y mantener acciones de sociedades anónimas cuyo objeto exclusivo fuera realizar operaciones de arrendamiento financiero, quedando *limitada dicha inversión al 10% de los capitales pagados y reservas legales de las respectivas corporaciones*.

Fue a partir de 1981, con la expedición del Decreto 2059 que se estableció legalmente en Colombia, una regulación coherente respecto a sociedades comerciales que se dedicaran a la actividad de leasing; quedando sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. Esta norma suscitó varias polémicas al respecto, ya que algunos doctrinantes³⁶ estaban en desacuerdo con esta determinación y consideraban que las sociedades de leasing debían estar sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, pues intervenían en forma indirecta en la intermediación de ahorro privado, al actuar como intermediarios entre las entidades financieras que suministraban los recursos, como capital o por medio de préstamos³⁷.

El contrato de leasing puede cifrarse entonces con fundada solidez como un negocio jurídico de naturaleza estrictamente financiera, de tracto sucesivo y que complementa su relación entre locatario y arrendador del bien con la posible compra al finalizar el periodo de arrendamiento mercantil. Esto significa que la realización se hace posible dentro de la integralidad de una operación de crédito modal activo.

³⁵ Ibídem

³⁶ No en vano Peña Castrillón (1989) señala que cuando no se tiene claridad sobre una determinada institución jurídica se abusa del estudio de su “naturaleza jurídica”, se incurre en errores elementales y se llega a conclusiones que desorientan a los jueces y a los operadores del negocio, por igual.

³⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. No. 11001-3103-038-2001-00187-01, del 14 de junio de 2007. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

4.3. TIPOLOGÍAS DEL CONTRATO DE LEASING

Diversos autores enfocados en un estudio académico privilegian en gran medida los reconocidos esquemas de leasing, en su orden primigenio, el operativo sobre el financiero. No obstante, éste último ha conseguido un posicionamiento admirable en las dos últimas décadas. (Arrubla, 2004), por ejemplo, reconoce las dificultades de presentar una definición aceptable, argumentando que existan diferentes clases de leasing con matices propios; en el caso particular del modelo financiero, advierte que se trata de convenio atípico, de colaboración entre empresas, por el cual una parte denominada la sociedad leasing, concede a otra parte llamada el tomador el uso y goce de un bien, el cual fue adquirido por la primera a instancias de la segunda y para efecto de su posterior acuerdo, recibiendo como contraprestación un precio y otorgando a la tomadora la posibilidad de adquirir el bien una vez terminado el plazo o de continuar el uso y goce.

Algunos ensayistas especializados en el contrato de leasing sostienen que esta operación, presenta una variante novedosa en las relaciones entre el ahorro y la producción; además, dentro del tráfico empresarial se requieren recursos adicionales al capital con que se cuenta³⁸. Por tales motivos, el profesor Rodríguez Azuero³⁹ (2003), señala en su documentada obra que, se trata de una operación en virtud de la cual, una sociedad especializada adquiere, a petición de su cliente determinados bienes que le entrega a título de alquiler, mediante el pago de una remuneración y con la opción para el arrendatario, al vencimiento del plazo, de continuar el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en su poder.

Es imperante desglosar las dos tipologías más reconocidas (operativo y financiero) en los contratos de leasing para adentrarnos en nuevas modalidades como son el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, leasing en copropiedad,

³⁸ Larios Farak, Hernando en ASPECTOS GENERALES DEL LEASING FINANCIERO: APROXIMACIÓN A UN PROBLEMA PRÁCTICO. Tesis de Grado. Universidad Santo Tomás de Aquino, Facultad de Derecho. Bogotá, D.C., Colombia 2013.

³⁹ Rodríguez Azuero, S. (2011). Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá: Editorial Legis. Primera Reimpresión de la sexta edición

subarrendamiento financiero (subleasing), las operaciones de leasing internacional, o exóticas figuras como el corretaje en operaciones de arrendamiento financiero. Sin embargo, este amplio ramillete de modalidades no son objeto de análisis en mi recolección temática que se enfoca en la posible participación del sector público en la contratación de naturaleza oficial, relacionada directamente con el leasing financiero u operativo, donde la Nación pueda fungir como arrendatario o locatario, dependiendo de las necesidades u oportunidades que le brinde este esquema de contratación, tanto de bienes y servicios en procura de un correcto manejo del erario.

4.3.1 LEASING FINANCIERO

El leasing financiero se puede definir como aquella operación de financiamiento mediante la cual un establecimiento bancario o una *compañía de financiamiento adquieren un activo productivo, el cual previamente ha sido seleccionado por el locatario, y se lo entrega a éste para que lo use a cambio de un canon*⁴⁰ (Asobancaria 2019).

Las normas internacionales de contabilidad delimitan un parangón apremiante, esto con el fin de no caer en imprecisiones a la hora de contextualizar sobre el particular y especifican que *"si un arrendamiento es financiero u operativo depende de la esencia de la transacción y no de la forma del contrato"*⁴¹ e interpretan esa norma diciendo que *"La contabilidad deberá reflejar la esencia del acuerdo. Deben evaluarse todos los aspectos e implicaciones del acuerdo para determinar su esencia, poniendo énfasis sobre aquellos aspectos e implicaciones que tengan un efecto económico."*⁴²

A pesar de los grandes avances en materia legal en el ámbito internacional y los diversos ejemplos de la economía globalizada; los ejemplos en el ordenamiento jurídico colombiano brillan por su ausencia, no obstante el Consejo de Estado, no ha escapado tampoco a rendirle tributo a esta consideración, al señalar en sentencia del 14 de

⁴⁰ https://www.asobancaria.com/leasing/leasing_financiero/

⁴¹ International Accounting Standard Board, "NIC 17, Arrendamientos financieros", (Londres, IFRS Fundation, 2015), párrafo 10.

⁴² International Accounting Standard Board, "SIC 27 - Evaluación de la Esencia de las Transacciones que Adoptan la Forma Legal de un Arrendamiento", (Londres, IFRS Fundation, 2015), párrafo 4.

diciembre de 1988, que el leasing financiero es un *convenio*,⁴³ razón por la cual es necesario recurrir al sistema normativo internacional que regula dicha materia, que para el entendimiento sencillo de la tipología planteada, básicamente se puede determinar en una serie de situaciones que plasman este tipo de contrato en las que un arrendamiento debería clasificarse como financiero, éstas son:

a) Que el contrato transfiera la propiedad del activo al arrendatario al final del término del arrendamiento.

b) Que el arrendatario tenga la opción de comprar el activo a la finalización del mismo, ejerciendo la opción de compra determinada a un precio más bajo que el valor corriente que se espera que tenga el bien a la fecha de ejercicio, por lo que es razonablemente seguro que la opción será ejercida.

c) Que el arrendamiento haya sido pactado por un periodo que cubre la parte principal de la vida económica del activo.

d) Que al inicio del arrendamiento el valor actual descontado de las cuotas del sean equivalentes al valor corriente del activo arrendado.

e) Que el bien arrendado sólo pueda ser utilizado por el arrendatario sin incorporarles mayores modificaciones;

f) Que el arrendatario tiene la posibilidad de resolver el contrato, haciéndose cargo de las pérdidas que tal cancelación motive;

g) Que las ganancias y pérdidas motivadas por las fluctuaciones del valor del bien recaigan sobre el arrendatario. Es decir que no se actualiza el precio del bien.

h) Que el arrendatario tenga la posibilidad de prorrogar el arrendamiento durante un segundo período, con cuotas sustancialmente menores que las del mercado⁴⁴.

4.3.2 LEASING OPERATIVO

⁴³ Convenio por el cual: “(...) la compañía de leasing adquiere de un proveedor el equipo, la maquinaria o el vehículo industrial para arrendarlo durante el término de vida útil a un determinado empresario, por un canon que permite a aquella percibir o recobrar la totalidad o la mayor parte del costo de adquisición, los gastos directos e indirectos adicionales y un margen de utilidad”.

⁴⁴ Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas, “Resolución Técnica N°18, Normas contables profesionales - Desarrollo de algunas cuestiones de aplicación particular”, (2015).

El leasing operativo, también denominado arrendamiento operativo, se diferencia tangencialmente del leasing financiero, puesto que es una operación mediante la cual un establecimiento de crédito o compañía de financiamiento *adquiere un activo escogido previamente por el arrendatario y le entrega a éste su uso y goce a cambio del canon o renta*⁴⁵, pero sin pactarse en el contrato una opción de adquisición o compra (Asobancaria, 2019).

Por lo general, *las entidades financieras dan en arrendamiento operativo activos que tienen un mercado secundario*⁴⁶ y que se puedan vender o arrendar de nuevo fácilmente. Este tipo de activos son especialmente equipos de alto costo y que al ser bienes de capital, implican una inversión significativa para los empresarios. A su vez son equipos de alta tecnología y a pesar de tener una vida útil limitada, los estudios de mercado y un análisis minucioso de la relación costo beneficio, propende a que el sector industrial opte por este tipo de convención que asiste a la par con unos menores costos de operación en la cadena productiva que suple las necesidades formales de cada foco de negocio.

Esta alternativa como producto financiero es especialmente ventajosa para las empresas que anticipan cambiar sus activos de capital con frecuencia, básicamente empresas relacionadas con la infraestructura, las comunicaciones y la maquila en general, ya que les permite acceder a equipos con costos iniciales mínimos y cambiarlos rápidamente por equipos más actualizados sin incurrir en mayores desembolsos de capital.

4.4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CONTRATO DE LEASING PÚBLICO

El contrato de leasing público no es una figura convenida en el aparato estatal colombiano, por el contrario, es un tipo de contrato público escaso, atípico para ser más exacto. Debido a que su implementación exige un cambio estructural en el

⁴⁵ https://www.asobancaria.com/leasing/leasing_operativo/

⁴⁶ *Ibidem.* https://www.asobancaria.com/leasing/leasing_operativo/

ordenamiento prescrito en el derecho público de Colombia. Basta con mencionar un ejemplo sencillo de la intrincada formulación de un plan de compra de bienes de capital por parte de una entidad de naturaleza estatal en cualquier parte del país y de inmediato se nos presenta la dicotomía inmersa en este tipo de contratos. *Colombia Compra Eficiente* indica en uno de sus conceptos que “*La Ley no prevé como causal para contratar directamente el contrato de leasing financiero, por lo tanto, se deberá realizar un proceso competitivo de acuerdo con las reglas establecidas en la normativa para cada modalidad de selección*”⁴⁷.

En un primer momento la entidad que requiera dicho bien debe someter a licitación pública la adquisición de éste; y hasta ahí muy bien. Pero en un segundo momento para finiquitar la negociación usando el leasing como figura contractual, la entidad contratante deberá adelantar otro proceso de selección y es elegir la compañía de leasing. En resumidas cuentas, el problema básicamente estriba en que los bancos no simpatizan mucho con el modelo de contrato de leasing del sector público, dadas las no plausibles prácticas del Estado en lo que respecta al cuidado y mantenimiento de los bienes de capital que por razón misma de la función que desempeña terminan convirtiéndose en obsoletos mucho tiempo antes de la proyección temporal que se traza en este tipo de negocios con los particulares.

En menor medida, pero igual de incierto, son los cálculos del sector privado respecto a la rentabilidad y obtener un margen de ganancia considerable en la suscripción de este tipo de contratos; que generalmente tienden a ser minúsculos en cuanto al provecho económico de los bancos, como principales oferentes del leasing financiero y que puedan a futuro percibir. Cabe señalar que los manuales de contratación pública, carecen de esta herramienta legal en un compendio actualizado y acorde a las dinámicas del mercado, los referentes están limitados a conceptos emitidos por la Superintendencia financiera, líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la literatura que condensa doctrinantes sabios en la materia. No

⁴⁷ CONCEPTO: Radicación: Respuesta a consulta # 4201813000004726, Temas: Modalidad de Selección; contrato - Subdirectora de Gestión Contractual / Tipo de asunto consultado: Modalidad de selección para el contrato de Leasing.

obstante, a duras penas estamos ante una simple recomendación como fuente auxiliar de derecho y que no se le da el carácter dispositivo de ley de la República con los alcances y efectos que conlleva su puesta en vigor.

Este nivel de complejidad jurídica, aunado a un enmarañado vocabulario que define los conceptos intrínsecos del contrato de leasing, resumidos brevemente a continuación⁴⁸ y gracias al uso de una fuente confiable del sector académico como es Álvaro Aldana Castiblanco, hacen que la formulación de proyectos y la concreción de los mismos por medio de la contratación pública a través del contrato de leasing, sean de difícil ejecución.

- *Valor Razonable*: Básicamente entendido como el precio de venta de la cosa arrendada, en el arrendamiento financiero es el costo.
- *Riesgo de propiedad*: Entiéndase seguros, impuestos obsolescencia técnica y otros costos usuales necesarios para el mantenimiento y tenencia de la cosa arrendada.
- *Valor nominal del contrato*: Es el valor de todas las cuotas convenidas en el contrato más el monto de la opción de compra.
- *Valor presente del contrato*: El valor descontado de las cuotas periódicas y de la opción de compra a la tasa de interés que se considere apropiada en las circunstancias.
- *Utilidad o perdida bruta en venta*: Diferencia entre el valor presente del contrato y el valor razonable del activo.
- *Tasa Marginal*: Tasa de interés que el arrendatario debería pagar para préstamos a largo plazo en condiciones similares a las del leasing.

4.4.1 RELACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO Y EL CONTRATO DE LEASING PÚBLICO EN COLOMBIA

El contrato de leasing en un primer momento del análisis académico esbozado en este trabajo conduce a una consideración objetiva explicada por Hernando Larios Farak⁴⁹ y que paso a plantear como un hecho o fenómeno económico, del cual se pueden extraer

⁴⁸ Aldana, A. (1983). El leasing financiero, un enfoque sobre su naturaleza y su tratamiento contable en Colombia. Contaduría Universidad de Antioquia, 2, 31-44.

⁴⁹ HERNANDO LARIOS FARAK. Aspectos generales del leasing financiero: aproximación a un problema práctico. Pág. 20

diversos conceptos relacionados con él. El primero de ellos es el concepto de agentes económicos, precisando que el individuo, la familia, la empresa, el Estado, los agentes externos y el predominante para el tema abordado es el sector financiero, como agente económico que sobresale. Estas entidades que facilitan la suscripción del crédito obtienen su correspondiente aval por el aparato estatal y son vigiladas por la Superintendencia Financiera que vela por el cumplimiento de las condiciones generadas en los contratos de leasing. Al ser un agente externo desligado en su patrimonio al Estado, obtiene una serie de beneficios inmersos en la dinámica del mercado de valores como son los intereses bancarios, el cobro de cuotas de manejo y la ganancia final de la operación de leasing reflejada en la venta del bien objeto del contrato financiero. No obstante, se debe tener en cuenta que la correcta aplicación del contrato de leasing en el sector público está regida por la licitación pública, cuya modalidad fue descrita en líneas anteriores del presente documento.

En un segundo momento se debe indicar que el objeto principal del contrato de leasing es convenir un canon de arrendamiento por uno o varios bienes que derivan en aumentar utilidades al locatario y consecuente con ello procede a la reducción de costos de operación y riesgos en la actividad económica ejercida por éste. Lo que significa básicamente en constituir un pago, también llamado canon, que se diferencia objetivamente del contrato de arrendamiento, porque acorde a la tipología del contrato de leasing, sea operativo o financiero, el locatario puede ejercer su derecho de compra al terminar el plazo señalado en la cláusula correspondiente a la duración del contrato. Así pues, el Estado podría usar en los proyectos de alto impacto, infraestructura, transporte colectivo de entidades administrativas o altos dignatarios para citar algunos ejemplos, este tipo de contrato, abaratando los costos derivados del ejercicio del derecho real de dominio. Aunado a ello se contaría deliberadamente con la facultad ejercida por el ejecutivo encaminada a adquirir el bien objeto del contrato al finalizar el ejercicio con la entidad financiera, siempre y cuando se haya incluido en las cláusulas dicha opción de compra.

Para un tercer momento del estudio es indispensable hablar del leasing como medio de producción, inmerso en la economía de corte capitalista que atiende a la generación de

riqueza por medio del factor dinero. Como ya se dijo, la expansión de proyectos, adquisición o alquiler de activos que por su alto costo requieren su consecución a través del leasing por el sector público son aplicables a las leyes del libre mercado, la oferta y la demanda. Esta remuneración de los agentes económicos, entiéndase locatario en abaratar costos y entidad financiera que cobra intereses al actuar como acreedor, redundan en el flujo circular de la renta y propende a un equilibrio entre los agentes económicos y el Estado.

Esos tres elementos configurativos ya reseñados en el párrafo anterior determinan una estrecha relación del derecho económico y el contrato de leasing público en Colombia. Se puede concluir que efectivamente el análisis económico del derecho está relacionado con el tipo de contrato estudiado, toda vez que se crea un nexo intrínseco entre locatario y arrendador. Igualmente se establece una serie de obligaciones recíprocas entre ambos, puesto que una vez se materializa la suscripción del leasing entre el Estado y el particular, se elucidan elementos esenciales como el objeto y alcance del contrato, una descripción minuciosa de los muebles o inmuebles establecidos en la relación contractual, un monto económico pactado en un canon, las garantías que respaldan la ejecución sucesiva del contrato por ambas partes, así mismo las causales de terminación del contrato y los mecanismos alternativos y judiciales para la solución de controversias surgidas en éste.

El leasing hace que la relación entre el derecho económico y el contrato estatal vayan de la mano con los momentos económicos que integran dicha actividad comercial, los cuales son distribución, consumo y circulación. El medio de producción capitalista, intrínseca de su naturaleza financiera, permite la circulación del dinero en armonía con los agentes del mercado, individuos, personas jurídicas o en el caso particular, con el Estado como potencial locatario de bienes que usaría en el desarrollo de su actividad gubernamental.

4.5 CARENTE FORMULACIÓN DE PROYECTOS DE LEY REFERENTES A ESTE TIPO DE CONTRATOS ATÍPICOS EN LA RAMA LEGISLATIVA COLOMBIANA

El Congreso de la República en pleno, después de contadas ocasiones ha puesto sobre la mesa el tema de análisis concienzudo del leasing como alternativa contractual en la formulación e implementación de los planes de desarrollo durante las vigencias anualizadas en procura de mejorar los índices de eficiencia en la administración nacional, regional y local. Es por dicha razón que la rama ejecutiva del poder público no puede aplicar en sus esquemas de contratación alternativas eficientes ya demostradas en la ejecución de proyectos de alto impacto en la infraestructura del país con una figura contractual como el leasing.

A pesar que el derecho económico colombiano ha sufrido varias mutaciones a lo largo del siglo XX y comienzos del XXI, su desarrollo misional se ha concentrado más en los últimos años, a causa de nuevos retos impuestos por el mercado internacional; convenciones y tratados que oscilan entre nuevas legislaciones desconocidas por nuestro personal de gobierno encargado de acoger las condiciones económicas de estos compromisos. Ya desde el marco constitucional se vislumbran algunos avances con el artículo 209 de la Carta, que condensa la función administrativa como eje transversal que conmina al aparato estatal a conservar unos derroteros específicos en el ejercicio de su labor político administrativa. Los principios de economía y eficacia son aplicables en la consolidación de unas ventajas aplicadas a la contratación estatal por medio del leasing.

En ese letrado juicio de la Constitución colombiana, se hace un especial direccionamiento a la economía; con ello esencialmente a conceptos de mayor relevancia. El artículo 334, presenta un rumbo de pleno interés para el desarrollo temático expuesto en el escrito y es el direccionamiento general de la economía por el Estado, *aprovechando “la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes”, (...)*. Por ello se debe ampliar ese marco regulatorio que únicamente se circunscribe a jurisprudencia y conceptos emitidos por entidades especializadas en el tema y con ello se deja de poner en práctica los avances internacionales en materia del contrato de leasing, como una oportunidad de

generar riqueza al interior del Estado con la optimización de recursos públicos bajo la figura del arrendamiento mercantil en la contratación pública del país.

Es entonces la visión global de los mercados que direccionan este objetivo superior del Estado consagrado en su Constitución y con ellos las diversas ideas económicas que propenden a unificar el concepto de “eficiencia” de los mercados, buscando un equilibrio real de los agentes inmersos en la dinámica misma del rol que ejercen en ella. Redondeando la idea básica del leasing desde esta perspectiva, lo que busca el locatario en últimas, es abaratar los costos de operación, usando una figura contractual que le provee facilidades de negociación al finalizar el ciclo de producción trazado con el bien arrendado. El Estado colombiano fungiendo como locatario, abarataría los costos y riesgos que le aplican en la contratación convencional⁵⁰ y con ello se vería una mejora significativa en las finanzas y un óptimo desempeño por parte de los guardianes del erario.

Ya en el entramado legal correspondiente a la minucia del contrato de leasing público, es importante recalcar que sigue siendo una convención innominada como explicara Arrubla, aunque por lo menos debe cumplir con los preceptos del artículo 1502⁵¹ del Código Civil y las condicionadas de los artículos 4 y 101 del Código de Comercio para ser válido, le son aplicables las reglas generales de los contratos y de las obligaciones. Además, en el caso de estudio es vital tener presente que la entidad estatal es autónoma y responsable en la estructuración de sus procesos de contratación, así como en la determinación de sus necesidades y de la modalidad de selección a utilizar para cubrirlas⁵².

⁵⁰ Según los tratadistas GULLERMO OSPINA FERNANDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA 2009; 402 este es el enfoque de las cuestiones que suscitan la calificación de los actos jurídicos. (Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Séptima Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá 2009.

⁵¹ Código Civil: ARTÍCULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Código de Comercio: ARTÍCULO 101. VALIDEZ DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

⁵² Concepto Superfinanciera CASO CONSULTA: 23/05/2016 Rdo. 8714-17022016

Es así como las particularidades del contrato de leasing público desde la apertura económica del gobierno Gaviria en 1991, develan condiciones especiales en su concreción. En el caso colombiano, la Ley no prevé como causal para contratar directamente bajo la figura de leasing financiero, por lo tanto, se deberá realizar un proceso competitivo de acuerdo con las reglas establecidas en la normativa para cada modalidad de selección⁵³. Cabe señalar que las condiciones de este contrato se supeditan a las necesidades de las partes trenzadas en la negociación.

Para los analistas del sector privado el contrato de leasing viene creciendo en una curva prudente que referencia Anif – Fedesarrollo en 2004 y que publicó en sus informes anuales, resaltando el incremento del leasing entre los años 1994 y 1995, cuando los bienes entregados en calidad de arriendo o leasing por las compañías de financiamiento llegaban a un: “7,27% del PIB y 6,5% de la cartera del sistema financiero. A partir de 1995 empezó su descenso el cual llegó hasta el 2002, fecha desde la cual la actividad se ha venido reactivando.” Este incremento se debió en buena medida a la internacionalización de capitales, producto de las políticas de seguridad democrática implementadas en el gobierno Uribe entre los años 2002 a 2010.

Pero en el caso de la contratación pública no existe un manual, informe o documento similar de referencia que pueda despejar las dudas frente al tipo de variables y condiciones del mercado contractual público colombiano. Únicamente existen conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, Colombia Compra Eficiente,⁵⁴ la Contraloría General de la República, la DIAN, o el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; sin olvidar que dichos conceptos tienen el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 9840. Fecha: 22 de marzo de 2001. C.P: Alier Hernández Enríquez.

⁵⁴ Radicación: Respuesta a consulta # 4201813000004726 Temas: Modalidad de Selección; contrato Tipo de asunto consultado: Modalidad de selección para el contrato de Leasing. Colombia Compra Eficiente responde su consulta de 24 de mayo de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011. La consulta fue remitida por el Ministerio de Interior, el 31 de mayo de 2018 mediante Radicado OFI18-20735-OAJ-1400.

Administrativo⁵⁵. En resumidas cuentas, no tienen carácter vinculante por donde se mire y es la precitada condición, aquella que impide ampliar un marco de acción en la contratación pública colombiana por medio de esta figura contractual.

No es aventurado señalar que la evidente carencia de una regulación atinente al contrato público de leasing operativo o financiero, forma obstáculos en la consolidación de macro proyectos que generen valor agregado y celeridad en la ejecución de obras enlazadas directamente a la infraestructura pública y con ello la precarización misma de la contratación en nuevos espectros del derecho económico. No puede el Congreso de la República ignorar los contratos de leasing financiero u operativo, sencillamente porque son catalogados como una costumbre mercantil. Por ende, la mejor alternativa está ligada a la proposición, más no a la crítica que solo fractura los intereses colectivos de la Nación.

Es una evidente necesidad la formulación de proyectos de ley direccionados a consolidar el contrato de leasing como alternativa ineludible en el ordenamiento jurídico colombiano que propenda a mejorar los índices y resultados en materia de contratación pública, principalmente en el sector de infraestructura. La cuestión es de voluntad política por parte de los diversos legisladores que conforman ambas Cámaras, dado a que la ley de bancadas y su correcta aplicación en materia reglamentaria, permite alcanzar un objetivo altruista en procura de potencializar las finanzas públicas usando el capital privado de los bancos y generando así un flujo circular de la renta que beneficia al Estado en general.

Dicha implementación es viable con un trabajo articulado entre gestores del sistema financiero y las unidades de trabajo legislativo, tanto en Cámara como en Senado y enunciando correctamente los derroteros que faciliten la ejecución de los contratos de leasing en un futuro, adecuados a un manual de contratación pública que ponga sobre la mesa reglas claras y estructuradas sobre el particular.

⁵⁵ CPACA - Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

4.6. DIFERENCIAS ESTRUCTURALES EN MATERIA LEGAL ATINENTES AL CONTRATO DE LEASING Y LOS CONTRATOS TÍPICOS YA REGULADOS

Otro de los grandes conflictos surgidos a partir de la tipicidad de los contratos ya regulados en nuestro ordenamiento, obedece a una similitud entre el leasing y la venta a plazo, por ejemplo. Puesto que mientras en el leasing se explota un bien, en la venta a plazos se traslada la propiedad. En este sentido la Contraloría General de la República explica acertadamente en su concepto⁵⁶, las enormes diferencias entre ambas figuras contractuales. *“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”*.

Por lo demás, 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.

Explica la Contraloría que *“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”*. Dicho esto, se evidencia que las divergencias profundas entre estas dos formas de contrato carecen de naturaleza o similitud evidente ante la ocurrencia de una desavenencia o resolución misma del contrato.

⁵⁶ Concepto 80112 Radicado: 2013IE0031124 - ALBA DE LA CRUZ BERRÍO BAQUERO Directora Oficina Jurídica Contraloría General de la República. www.contraloriagen.gov.co

Otra diferencia a resaltar es que un contrato de leasing y uno de arrendamiento señala 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. No ocurre así, como se explicó en materia de leasing, puesto que en el leasing el locatario tiene la opción de adquirir el bien como ejercicio de una opción de compra pactada desde el inicio mismo del contrato (leasing financiero), o por el ejercicio de una opción de compra a valor comercial (leasing operativo).

Sumado a lo anterior y acertadamente indica la Contraloría General de la República, resalta que 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.

Otro aspecto esencial en lo que respecta al 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 traslativo 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.

4.7 EL LEASING Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA

A lo largo del presente texto se puede clarificar en efecto que los contratos estatales o administrativos están regidos predominantemente por el derecho público y con un marco jurídico especial como lo es el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993) y normas complementarias como la *Ley 1150 de 2007*, el *Decreto 1082 de 2015*, la *ley 1882 de 2018*⁵⁷, entre otros; normatividad que a grandes rasgos contiene las tipologías

⁵⁷ Paredes Jiménez L.K Trabajo de Grado para optar por el título de abogado /15/07/2022

contractuales usadas por la administración. Pero en el caso que nos ocupa respecto al leasing como figura contractual es muy precario aseverar que pueda *servir como una herramienta financiera para los proyectos del Gobierno*⁵⁸, donde el arrendador o arrendatario es una empresa estatal, puesto que no existe una regulación expresa en dicho sentido para que las entidades de naturaleza pública accedan a este tipo de contratos. Sin embargo, la administración se las ha ingeniado, en el buen sentido de la palabra, con el fin de que las entidades públicas puedan convertirse en proveedores o receptores de bienes *los cuales son arrendados o utilizados por las mismas instituciones bajo la figura del leasing*⁵⁹. Los proyectos de infraestructura vial, de construcción civil y el arrendamiento con opción de compra de inmuebles por parte del aparato estatal, son actividades administrativas que configuran la inserción del leasing como una figura contractual poco ortodoxa y presta a llenar los vacíos contenidos en la ley, a pesar del riesgo fiscal, disciplinario y con posible alcance penal, que pueda sufrir el o los funcionarios que suscriben este tipo de contratos.

Debo indicar que los potenciales beneficios que traen a las entidades públicas los contratos civiles son de alguna forma u otra parte de lo cotidiano, de lo que el sector privado constantemente aprovecha en su beneficio y lucro, cuestión que las entidades estatales podrían fructificar. No es un despropósito señalar que el contrato del leasing, si se analiza desde la ventaja que presupone para una entidad estatal en cuanto le permite acceder a una compra de una gran superficie, de vehículos, bodegas, maquinaria amarilla, inmuebles utilitarios, etc.; sin comprometer todo el presupuesto de una vigencia o amarrar el mismo, redundaría en beneficio de la entidad locataria y se estimula el comercio mismo del factor dinero dentro del flujo circular de renta del Estado colombiano.

En ese orden de ideas, si se permite destinar un margen de dicho presupuesto anual de una entidad nacional, regional o local y que, a futuro permitirá a las administraciones hacerse de bienes que generaran una ganancia para dicha administración, no estamos

⁵⁸ Andrade Beleño V. El contrato de leasing en la administración 2016

⁵⁹ *Ibíd.*

ante un peculado o un acto grosero en contra de la gestión racional del erario, sino ante una oportunidad de beneficio en el libre mercado que aprovecha las ventajas que le brinda el sector financiero.

En virtud de lo anterior, el contrato de leasing en el sector público sirve para reactivar la inversión, destacándose el hecho de que el sector financiero nacional e internacional tiene *voluntad de explorar nuevas oportunidades en los proyectos de carácter público, contando con mecanismos que generen mutua confianza entre entidades públicas.* ⁶⁰

5. CONCLUSIONES

Como se observa, el aparato estatal colombiano en cabeza del poder legislativo dejó por fuera de su sistema público de contratación en la mayoría (casi la totalidad) de sus pactos con entidades financieras el esquema de contrato de leasing como una potencial alternativa para impulsar los macro proyectos de infraestructura. *Frente a otros países, la concentración del leasing financiero exclusivamente en entidades bancarias, puede ser una desventaja*⁶¹. Colombia al no ampliar el marco regulatorio en el caso concreto, debilita ostensiblemente la sana competencia que debe existir entre compañías enfocadas en el sector del leasing y que cumplen a cabalidad un papel importante en asesoría al cliente respecto a la adquisición de activos especializados. Esto implica que se deteriore un sector estratégico en el fomento de riqueza en lo atinente a obra pública, el desarrollo de proyectos de *vivienda*⁶² usando esta figura contractual y limita los campos de acción de las sociedades comerciales en cabeza de los bancos destinados a dicho fin.

Lo que está en juego es la eficiencia del aparato estatal, que, entre otras características y bondades del contrato de leasing, se resume en mayor eficiencia administrativa, menores costos asociados a la deuda pública, mejor relación entre el Estado y el sector

⁶⁰ *Ibídem.*

⁶¹ Villar, Leonardo; “El sector del Leasing” Informe Final – Fedesarrollo (2018) pág-57

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C- 936, octubre 15 de 2003 Leasing habitacional.

privado. Esto se debe a que, al optimizar la administración, cuyos activos principales son herramientas tecnológicas, se puede mantener un control inmediato de los bienes arrendados bajo la figura del leasing en el contrato de obra pública. Así pues, que la implementación en el ordenamiento jurídico de nuevas variables en el sistema público de contratación, proyectan una mejor evaluación del riesgo y como consecuencia un mejor acceso al mismo, ya no solo dependiente de la banca privada, sino de los grandes capitales que se ofrecen en Europa y Estados Unidos, paquetes de contratación estatal basados en el leasing operacional y financiero para los diversos contratos de naturaleza pública en Colombia.

Así pues, que la tarea del Congreso de la República es adentrarse en nuevos campos regulatorios en materia de los contratos de leasing, tanto operativo como financiero y potencializar estructuralmente la *eficiencia administrativa*⁶³ con dicha figura contractual⁶⁴. Esto siempre y cuando haya un arrojo por parte de los legisladores de turno que evalúen y pongan en marcha los proyectos de ley que desarrollen el eje temático de mi investigación en el presente trabajo. Una regulación clara y expresa sobre un contrato hasta ahora atípico, puede ser el comienzo de un nuevo horizonte en materia contractual para la administración pública y así consolidar un proyecto de país viable que trabaje en armonía con el sector financiero sin ser objeto de calificativos peyorativos por alianzas estratégicas entre privados y sector público.

Ese desarrollo legislativo incluye la designación acertada de los litisconsortes que 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; que a grandes rasgos prevé *“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, la Ley 1480 de 2011, indica *“el deber de entregar el bien la trasfiere al proveedor así como la obligación de responder por los deterioros*

⁶³ Ver Campillo Parra, Celebración y ejecución de contratos estatales: contrate bien para que no lo encarcelen o lo destituyan. Aplique las reglas y principios adecuadamente, p. 21.

⁶⁴ Así lo estableció la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2011091655 de enero 20 de 2012

presentados como consecuencia de vicios ocultos o fallas de calidad del objeto”, esto en lo que respecta al estatuto del consumidor.

Cabe señalar en este apartado conclusivo que el Decreto 0453 de 1993 reguló efectivamente la contratación pública en materia de leasing, pero únicamente planteo la condición expresa de las entidades estatales que desarrollan su ejercicio en el campo de las comunicaciones⁶⁵; *grosso modo*, esta particular norma limita inmensamente el amplio campo de acción que debe proyectarse desde la administración y su enunciación carece de efectos legales en otros ramos mismos de la contratación estatal⁶⁶.

En otro aspecto relevante y tratado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la regulación debe contener un apartado primordial en lo referente a vicios ocultos⁶⁷, dado a que, en materia mercantil, 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.* Sin embargo, esta situación

⁶⁵ Concretamente se planteó la en su artículo 2º, que “la selección del contratista de arrendamiento financiero (Leasing) con opción de compra se hará mediante el régimen de Licitación Pública de acuerdo con los requisitos, procedimientos y demás disposiciones previstas para el efecto en el Decreto 222 de 1983, (...)”.

⁶⁶ Refiriéndose a este, Bonivento Fernández, haciendo mención del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, dice “*porque como establece el estatuto de contratación administrativa, aquellas (las entidades estatales) están legitimadas o habilitadas para comprometerse negocialmente a través de cualesquiera formas disciplinadas en el ordenamiento jurídico, adquiriendo eso sí, el calificativo de contratos estatales como actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en el Derecho privado o en las disposiciones especiales, o derivados de ejercicio de la autonomía de la voluntad.*”

⁶⁷ Sobre este tipo de responsabilidad la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2002-, 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 2º C. de Co.) Expediente Radicado 6462, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

también es traumática si solo se descarga en el locatario la mencionada responsabilidad, por ello debe ser compartida en mi criterio para evitar posibles fraudes o malos entendidos entre las partes que participan del contrato de leasing con el sector público en los ramos ya comentados.

Como consecuencia de las diversas posiciones jurídicas entre doctrinantes recogidas a lo largo del presente texto puedo señalar por último, que otro aspecto apreciable en materia regulatoria estaría ligado con la responsabilidad por los daños que se causen a terceros con el objeto del contrato de leasing y aquí el tema de los seguros toma una relevancia mayor, dado a que 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. En los contratos de obra pública⁶⁸, por ejemplo, están reguladas efectivamente las posibilidades de incursionar y ejecutar dichas obras a partir de los posibles riesgos de ocasionar un daño, perjuicio o incapacidad a una o varias personas en la ejecución misma del contrato. De igual forma se abordó el tema de cómo el leasing público sirve para reactivar la inversión, destacándose el hecho de que el sector financiero nacional e internacional tiene voluntad de explorar nuevas oportunidades en los proyectos de carácter público, contando con mecanismos que generen mutua confianza.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁶⁸ Los Procesos de Contratación de obra pública se rigen por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1682 de 2013 en materia de infraestructura de transporte y otros, por el derecho privado.

- Aldana, A. (1983). El leasing financiero, un enfoque sobre su naturaleza y su tratamiento contable en Colombia. Contaduría Universidad de Antioquia, 2, 31-44.
- Andrade Beleño Verónica. El contrato de leasing en la administración , Artículo científico – Universidad Santo Tomás 2016
- Arias-Barreto, G. (2019). Aspectos controversiales de las obligaciones surgidas del contrato de leasing ante la ausencia de una normativa especial. Derecho Y Realidad, 17(33) e 9849. <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n33.2019.9849>
- Arrubla, J. (2012) Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos Bogotá: Editorial Legis
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contrato de "Leasing", Revista Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana, pág. 204-212, 1992.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto Contratos Mercantiles, T. II, Contratos Atípicos Bogotá Editorial Biblioteca Jurídica Diké; (2004)
- Bonivento Fernández, J. (2009) Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional.
- Cabezas, José Antonio Alejandro Graham Bell. Susaeta Ediciones SA. Vidas Ilustres Barcelona, España ISBN 84-305-1109-1 p. 13.
- Consejo de Estado. Sentencia del 14 de diciembre de 1988. -
- Corte Constitucional. Sentencia C- 936, octubre 15 de 2003.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de la, Ref.: Exp. No. 11001-3103-038-2001-00187-01, del 14 de junio de 2007. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia, S. Casación Civil. Sentencia de 25 de Sep. 2007.
- Decreto 148 de 1979. (enero 30) Por el cual se interviene en la actividad de las Corporaciones Financieras. **Derogado.** <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1708139>
- Decreto 2059 de 1981 (agosto 06). Por el cual se someten algunas compañías mercantiles a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Sociedades. **Derogado.** <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1756854>
- Decreto 913 de 1993 Diario oficial. AÑO CXXIX. N. 40884. 20, mayo 19, 1993. por el cual se dictan normas en materia del ejercicio de la actividad de arrendamiento financiero o leasing. PÁG. 2.
- Expediente No. 9840. Consejo de Estado, Sección Tercera. Fecha: 22 de marzo de 2001. C.P: Alier Hernández Enríquez.

- Fedesarrollo. El sector del Leasing. Informe Final; - Leonardo Villar Camila Pérez y Viviana Alvarado... Bogotá, 12 de diciembre 2018
- Fedeleasing: Fedesarrollo. (abril de 2015). Informes trimestrales del mercado de Leasing. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de Fedesarrollo.org.co.
- Larios Farak, Hernando. Aspectos generales del leasing financiero: aproximación a un problema práctico. Tesis presentada como requisito parcial para optar el título de: Maestría en Derecho. Universidad Santo Tomás de Aquino Facultad de Derecho Bogotá, D.C., Colombia 2013
- Ley 45 de 1923 (julio 19) Sobre establecimientos bancarios <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1599516>
- Leyva Saavedra, J. (2003). El leasing y su configuración jurídica. Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, No. 106, (diciembre), 743-789.
- Mankiw, N. Gregory. Principios de Economía, Los costos de producción, pág. 259-263.
- Paredes Jiménez Leydi Katherine. Trabajo de Grado para optar por el título de abogado /15/07/2022 Universidad Libre.
- Peña Castrillón, G. Algunos aspectos sustanciales y procesales de la fiducia mercantil. Bogotá D.C: Editorial Kelly. Tomado de “Aspectos generales del leasing financiero: aproximación a un problema práctico” Hernando Larios Farak. (1989).
- Rodríguez Azuero, S. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá: Editorial Legis. Primera Reimpresión de la sexta edición (2011).
- Sierra Flores María, El Leasing internacional en el Tratado UNIDROIT, Contratos, 17/02/a 2008
- Superfinanciera. Concepto CASO CONSULTA: 23/05/2016 Rdo. 8714-17022016 <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/conceptos-y-jurisprudencia--61706>
- Villar, Leonardo; Pérez Camila, Alvarado Viviana. “El sector del Leasing” Informe Final – Fedesarrollo (2018) pág-02-61. Fedesarrollo.org.co