

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y SOLIDARIA DE LA
SOCIEDAD DE LEASING EN EL ESCENARIO DEL CONTRATO DE LEASING
AUTOMOTOR**



LUIS FELIPE VILLA SANTANDER

**Trabajo de Grado para optar al título de
Abogado**

**Director:
Mg. OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO
Abogado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICO AVANZADO – CEJA
SAN JUAN DE PASTO**

2016

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y SOLIDARIA DE LA
SOCIEDAD DE LEASING EN EL ESCENARIO DEL CONTRATO DE LEASING
AUTOMOTOR**



LUIS FELIPE VILLA SANTANDER

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICO AVANZADO – CEJA
SAN JUAN DE PASTO
2016**



Universidad de **Nariño**

Las ideas y conclusiones aportadas en el Trabajo de Grado son responsabilidad exclusiva del autor. Artículo 1° del acuerdo número 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, enero de 2016

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Omar Alfonso Cárdenas Caycedo quien con sus enseñanzas y sabiduría despertó mi interés por el estudio de la rama del derecho comercial y supo guiarme en el desarrollo de este trabajo.

A mi casa de estudios, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, de San Juan de Pasto, Colombia, mis más sinceros agradecimientos por haberme brindado una formación integral que me permitió culminar este gran logro para mi vida.

A los Docentes y Directivos, a mis Compañeros(as) y Amigos(as), por sus enseñanzas, vivencias y valores aprendidos en cada una de las aulas que caracterizan a mi universidad pública.

DEDICATORIA

A mis padres, por el amor y apoyo con el que he contado siempre a lo largo de mi vida, por motivarme a seguir cumpliendo cada uno de mis sueños, gracias por su fortaleza, por darme la vida, y por hacer de mi la persona que soy, a ti mamá, gracias por ser ese ser humano a quien admiro, contemplo y amo.

A mi padre Luciano Villa, por su responsabilidad y profesionalismo con el cual se destaca cada día en ejercicio de esta honorable profesión del derecho.

A Andreita, José y Lucianito, mis hermanos, por cada sonrisa, palabra, consejo y cariño del que hemos compartido y seguiremos compartiendo.

A Lili, por su anegable cariño y el apoyo que día a día me brinda como persona y profesional.

A mis abuelitos Memo, Pipe, Rita, y Magolita y a toda mi familia, por su cariño y momentos compartidos.

A “Lulú”, y a “Minie”, mis dos french poddle, con quienes comparto un sentimiento de admiración como seres vivos, y me demuestran su amistad, cariño, y nobleza, de forma desinteresada e incondicional, valores que muchas veces dejamos de lado como seres humanos.

A las víctimas acaecidas en los accidentes de tránsito automotor, en especial a las de la jurisprudencia que aquí se expondrá.

Felipe Villa Santander.

RESUMEN

El presente trabajo inicia con un estudio detallado del contrato de leasing financiero, analizando sus antecedentes normativos, elementos y características; para luego conceptualizar el denominado “contrato de leasing automotor”, según sus características, dinámica e impacto en la sociedad colombiana; en seguida, se abordará un segundo capítulo con relación a la responsabilidad civil extracontractual de la propietaria del automotor entregado en leasing en el régimen jurídico colombiano y en el derecho comparado, en el que se expondrá la postura actual de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente su tratamiento en el derecho comparado. Seguidamente, en el tercer capítulo, se analizará en el régimen civil colombiano, las características y atributos del derecho de dominio, el derecho de daños y la institución de la responsabilidad civil, con base en su evolución nacional y el futuro de la misma frente a los principios que gobiernan el ejercicio de actividades peligrosas en la sociedad moderna, así como en los principios y valores axiológicos sobre los cuales se levanta nuestro Estado Social de Derecho. Posteriormente, se entra a analizar el resultado jurídico y práctico de la jurisprudencia patria, para finalmente concluir con una propuesta sobre la responsabilidad por actividades peligrosas cuando el automotor causante de daños provenga de un contrato de leasing automotor, y la justificación en términos de uniformidad, igualdad y coherencia del ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: *Contrato de Leasing Automotor, Solidaridad, Responsabilidad Civil Extracontractual, Sociedad de Leasing, Daño, Víctimas, Responsabilidad Objetiva, Actividad Peligrosa, Riesgo, Favorabilidad, Derecho de Dominio.*

ABSTRACT

This paper begins with a detailed study of financial lease, analyzing their regulatory background, elements and characteristics; then conceptualizing the so-called "automotive leasing contract", according to their characteristics, dynamics and impact on Colombian society; then, a second chapter in relation to the tort liability of the owner of the vehicle delivered in leasing in the Colombian legal system and comparative law, in which the current position of the Supreme Court will be discussed and subsequently address treatment in comparative law. Then, in the third chapter, will be discussed in the Colombian civil regime, characteristics and attributes of ownership rights, tort law and the institution of civil liability, based on their national development and future of the same face the principles governing the exercise of dangerous activities in modern society, as well as the principles and ethical values on which our rule of law is raised. Subsequently enters analyze the legal and practical result of the jurisprudence country, to finally conclude with a proposal on liability for hazardous activities when the motor causing damage comes from a leasing contract automotive, and justification in terms of uniformity, equality and coherence of the Colombian legal system.

Keywords: *Automotive Leasing Contract, Solidarity, Tort Liability Company Leasing, Damage, Victims, strict liability, Dangerous Activity, Risk, favorability, Forfeiture.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	pág.12
♣ Resumen y palabras clave.....	pág.7

CAPÍTULO I **EL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR**

I. Aspectos Preliminares del Contrato de Leasing	16
1.1. Antecedentes históricos	16
1.1.1. El Leasing en Colombia y algunas normas que lo regulan	17
1.2. La operación de leasing	20
1.3. Clasificación de la operación de leasing	22
1.3.1. Operación de Leasing Financiero	22
1.3.1.1. Elementos determinantes del contrato financiero	23
1.3.2. Operación de Leasing Operativo o <i>True Leasing</i> y el <i>Renting</i>	24
1.3.2.1. Elementos determinantes del contrato operativo	26
1.4. El contrato de Leasing Financiero	27
1.4.1. Definición	27
1.4.1.1. Doctrinal	27
1.4.1.2. Legal	29
1.4.1.3. Jurisprudencial	30
2. Generalidades del Contrato de Leasing Automotor	33
2.1 El Contrato de Leasing Automotor	33
2.1.1 El Automotor	33
2.1.2 Definición y dinámica del Contrato de Leasing Automotor	35
2.1.3 Impacto comercial y económico del Contrato de Leasing Automotor en Colombia	35
2.1.4 La función económica del Contrato de Leasing Automotor	40
2.1.5 Características del Contrato de Leasing Automotor	44

2.2	Elementos para la formación y validez del contrato.....	47
2.2.1	Los sujetos contractuales.....	47
2.2.1.1	La sociedad de <i>leasing</i>	47
2.2.1.2	Locatario.....	47
2.2.1.3	El Proveedor.....	48
2.2.2	Requisitos generales para la validez del contrato.....	48
2.2.2.1	Capacidad.....	48
2.2.2.2	Consentimiento.....	49
2.2.2.3	Objeto y causa lícita.....	49
2.3	Elementos esenciales del contrato.....	50
2.3.1	El precio.....	50
2.3.2	El plazo.....	50
2.3.3	La opción de compra.....	51
3.	Conclusiones del Capítulo.....	54

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR ENTREGADO EN LEASING, EN EL RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

❖	INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.....	55
1.	<i>La Responsabilidad Civil Extracontractual</i>	55
2.	<i>Criterios de Imputación Frente a la Responsabilidad Civil Extracontractual</i>	57
3.	<i>Función de la Responsabilidad Civil en un Accidente Automotor</i>	58
4.	<i>La Responsabilidad por la Actividad Peligrosa de Conducción de Automotores</i>	59
5.	<i>La Jurisprudencia Actual de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en Materia de Responsabilidad Civil Extracontractual de la Sociedad de Leasing, Frente a los Daños Causados con el Automotor de su Propiedad</i>	64
5.1.	Sentencia de 22 de Abril de 2002, Expediente 006163.....	65

5.2.	Sentencia de 29 de Junio de 2007, Expediente No.1993-01518.....	67
5.3.	Sentencia de 4 de Noviembre de 2010, Expediente No. 34.819.....	68
5.4.	Sentencia de 2 de Diciembre de 2011, Expediente 2000-00899.....	74
5.5.	Sentencia de 4 de Abril de 2013, Expediente No.2002-09414.....	76
5.6.	Sentencia de Tutela 12 de Junio de 2014, Expediente No. 2014 – 01155.....	80
6.	<i>La Responsabilidad Civil Solidaria de la Propietaria del Automotor Entregado en Leasing en el Derecho Comparado.....</i>	85
6.1.	República del Paraguay.....	86
6.2.	República del Perú.....	88
6.2.1.	Coherencia del ordenamiento jurídico del Perú.....	95
6.3.	República de Chile.....	96
6.3.1.	Contradicción en el ordenamiento jurídico chileno frente a la responsabilidad solidaria del propietario del automotor.....	100
6.4.	República de Argentina.....	103
6.5.	La Influencia de los Principios del UNIDROIT - Convención de Ottawa de 1988, en los Regímenes Jurídicos Internos de los Estados.....	108
6.5.1.	Las normas del UNIDROIT respetan la soberanía legislativa y jurídica de los estados frente a la responsabilidad de las propietarias del automotor entregado en leasing.....	110
6.6.	Los Regímenes de Responsabilidad en la Unión Europea, el Estado de la Florida de EE. UU y Suecia.....	111
7.	<i>Conclusiones del Capítulo.....</i>	114

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y SOLIDARIA DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR LEASING EN COLOMBIA, FRENTE A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS

❖	INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.....	117
1.	<i>El Ejercicio y los Deberes del Derecho Real de Dominio como Fuente de la Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia.....</i>	117
1.1.	La teleología del derecho de dominio.....	118

1.2.	El derecho de dominio o propiedad en Colombia.....	119
1.3.	Frente al contrato, la leasing no se desprende de todas las facultades del derecho de dominio: es propietaria y poseedora material.....	121
1.4.	El principio general de responsabilidad civil por el ejercicio del dominio adoptado por el Código Civil colombiano.....	124
2.	<i>Futuro de la Responsabilidad Civil Extracontractual.....</i>	127
2.1.	La constitucionalización del derecho: El Estado Social de Derecho como imperativo modelador del ordenamiento jurídico interno.....	128
2.1.1.	La constitucionalización del derecho privado.....	129
2.1.1.1.	Constitucionalización del derecho de dominio o propiedad en Colombia.....	130
2.1.1.2.	Sustento constitucional y legal del principio de responsabilidad civil del propietario.....	132
2.1.2.	La constitucionalización de la responsabilidad civil y el derecho de daños.....	134
2.1.2.1.	El interés público en la responsabilidad civil extracontractual de la propietaria del automotor leasing, frente a la reparación de la víctima.....	135
2.2.	La seguridad jurídica de la víctima.....	137
2.3.	La crisis de la culpa como criterio imputación en la responsabilidad civil frente a los daños causados con automotores.....	140
2.3.1.	Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual por riesgo frente a la actividad peligrosa desplegada con un automotor.....	145
2.4.	Los principios <i>Pro Dam nato, Pro Victimae</i> y <i>Favor Debilis</i>	147
2.5.	El derecho de la reparación integral de las víctimas.....	148
3.	<i>Crisis De La Jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia Frente Al Problema Jurídico Planteado.....</i>	152
3.1.	La Jurisprudencia no ofrece seguridad jurídica frente a la reparación del daño sufrido por la víctima.....	153
3.1.1.	La dificultad probatoria para la víctima.....	153
3.1.2.	La potencial revictimización de la víctima.....	155

3.2.	La jurisprudencia limita la responsabilidad de la leasing a la esfera eminentemente contractual.....	156
3.3.	La jurisprudencia quebranta los principios de coherencia y uniformidad.....	159
3.3.1.	Precedentes que permiten endilgar responsabilidad a la leasing en Colombia.....	160
3.3.1.1.	La Corte condena a propietarios como guardianes materiales a partir del provecho devengado en la actividad peligrosa.....	161
3.3.1.2.	En la Teoría de la Guarda material la leasing responde como propietaria-poseedora material.....	163
3.3.1.3.	La Corte le atribuye responsabilidad a los agentes vinculados jurídicamente al automotor sin ser guardianes materiales....	165
3.3.1.4.	La jurisprudencia en casos similares atribuye responsabilidad objetiva a los agentes, por el riesgo creado y el provecho de la actividad peligrosa.....	168
4.	<i>Justificación de la Responsabilidad Civil Extracontractual y Solidaria de la Propietaria del Automotor Leasing en Colombia.....</i>	170
5.	<i>Recomendaciones Generales y Prácticas para el Legislador Colombiano en Materia de Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito Automotor.....</i>	179
5.1.	Frente al carácter general de la norma.....	179
5.2.	Frente a las víctimas.....	180
5.3.	Frente a los sujetos causantes del daño.....	180
6.	<i>Conclusiones Finales.....</i>	182
BIBLIOGRAFÍA.....		pág. 195

ÍNDICE DE GRÁFICOS

♣	Grafico No. 1: Operación de Leasing Financiero.....	185
♣	Grafico No. 2: Operación de Leasing Operativo.....	186
♣	Grafico No. 3: Incremento del parque automotor en Colombia a corte de 2009 con motocicletas.....	187
♣	Grafico No. 4: Proyección del Incremento del parque automotor para el año 2020 sin incluir motocicletas.....	188
♣	Grafico No. 5: Cartera de Entidades Financieras por Consumo para Compra de Automotores desde el año 2006 a Corte de 2010. (Incluida la de Leasing Automotor).....	189
♣	Grafico No. 6: Incremento de la demanda, acelerado crecimiento de ventas de automotores desde 1996 con corte al año 2012.....	190
♣	Grafico No. 7: Composición del parque automotor en Colombia con corte al año 2009.....	191
♣	Grafico No. 8: Propietarios de “automotores de carga” en Colombia, según estudio del Ministerio de Transportes en el año 2000.....	192
♣	Grafico No. 9: Demanda de modalidades de Leasing Financiero en Colombia, a corte de diciembre de 2015, según FEDELEASING.....	193
♣	Grafico No. 10: Flujograma de la responsabilidad civil extracontractual derivada de automotores por el riesgo creado y el riesgo provecho.....	194

INTRODUCCIÓN

Junto con los procesos de globalización, es evidente que también se han incrementado actividades socioeconómicas que vienen acrecentando de manera significativa y competitiva los riesgos propios e inherentes a las llamadas actividades peligrosas; basta citar, junto con la doctrina y jurisprudencia nacionales y el derecho comparado, como ejemplos: la producción, distribución y comercialización de hidrocarburos, la producción en masa de productos puestos en circulación, muchos de ellos defectuosos; la construcción y su influencia en la expansión urbanística de las ciudades y metrópolis, los procesos de industrialización, la producción y utilización de energía nuclear, de energía eléctrica, transporte fluvial, marítimo, aéreo nacional e internacional, y en lo que aquí corresponde, el transporte terrestre con automotores.

Todos estos procesos de expansión y globalización económica, frente al derecho de daños, han reclamado serias revisiones a nivel de los ordenamientos legales y en el derecho positivo interno, inclusive en la propia concepción jurisprudencial de cada país, ello orientado siempre y especialmente a establecer unos criterios de responsabilidad que garanticen el derecho de las víctimas en un escenario claro e indiscutible de reparación integral frente al daño causado por tales actividades.

Lo anterior, por cuanto dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos, en materia de responsabilidad civil, la garantía y seguridad del resarcimiento a las víctimas que han sufrido un perjuicio por causa del ejercicio de una actividad si bien lícita, de por sí peligrosa, constituye la aspiración medular de la responsabilidad civil.

En la actualidad, en Colombia, el aumento de automotores rodantes por las diferentes vías del territorio nacional es acelerado, e en consecuencia

expansionista, las formas de adquisición de los vehículos automotores son cada vez más flexibles y cómodas para el consumidor; así mismo, se han puesto a su disposición una serie de mecanismos e instrumentos jurídicos de financiación para la adquisición del automotor, entre ellos, tal vez uno de los más llamativos, tanto para los empresarios del transporte de carga como de pasajeros, resulta ser el contrato de leasing automotor, este negocio jurídico financiero ha tenido una marcada acogida y su demanda se ha incrementado de forma considerable en los últimos 10 años.

Todo este parque automotor rodante, es un constante generador de riesgo a la para la población colombiana, pues estamos frente al ejercicio de una actividad peligrosa, en virtud de la cual, a diario se presentan accidentes de tránsito, causando daños a bienes, a la integridad personal y a la vida de las personas.

En Colombia, al margen de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la regla general es que todo propietario de automotores leasing debe responder solidariamente por los daños causados a terceros con el mismo. Sin embargo, aquella ha establecido, que si bien dentro del contrato de leasing automotor las sociedades de leasing se reservan la calidad de propietarias, en otros términos, el derecho de dominio sobre el automotor, éstas carecen de la guarda material del bien, situación que en principio exonera a la sociedad de leasing de este tipo de responsabilidad a pesar de haber consentido su uso en favor de otro.

Surge entonces aquí la necesidad y la importancia de esta investigación más aún, cuando se está frente a daños causados a terceros, como por ejemplo, los transeúntes que no tuvieron relación alguna con el contrato de leasing, pero que en virtud del ejercicio de esa actividad peligrosa se les ha ocasionado un daño que debe resarcirse.

El esfuerzo legislativo de otros Estados, ya han migrado hacia la tipificación de la solidaridad de los distintos agentes vinculados a esta clase de actividades, todo ello, en el afán de edificar un derecho de daños fundado en una responsabilidad cada vez más socializante y resarcitoria de las víctimas.

Efectivamente, teorías como las de “guardián de la actividad peligrosa”, la de “riesgo provecho”, han engendrado arduos debates, siempre en procura, como se expresó, de construir un sistema de responsabilidad civil fundado en la seguridad y protección de la víctima del daño.

El interés científico de la presente investigación, parte del diagnóstico y estudio de la responsabilidad que tienen las sociedades de leasing cuando un automotor de su propiedad se ve comprometido en un accidente de tránsito y, a partir de allí, derivar su responsabilidad en forma coherente y armónica con el moderno derecho de daños y la función primordial de la responsabilidad civil.

Así mismo, con este estudio se pretende exponer las dificultades que enfrentan las víctimas cuando el automotor con el cual se les ha causado el daño es de propiedad de una sociedad de leasing, frente a cuya ausencia de responsabilidad actual, es dable realizar varios juicios de valor jurídico, todo en orden a proponer que en Colombia exista coherencia en el sistema jurídico en cuanto al tratamiento de la responsabilidad civil acaecida por accidentes de tránsito, y la concreción de una jurisprudencia uniforme, que redunde en seguridad jurídica de la víctima y garantice el resarcimiento de los daños sufridos por ella.

Igualmente, se busca indagar y proponer posibles soluciones sobre dicha responsabilidad, ello por cuanto no existe una regulación normativa específica que la establezca para las sociedades de leasing por daños a terceros en accidentes de tránsito automotor. Todo lo cual es posible debido a que existen los presupuestos y fundamentos jurídicos (constitucionales, supraconstitucionales,

jurisprudenciales, entre otros) para atribuirles responsabilidad solidaria, aunado a la necesidad de protección y seguridad de las víctimas.

Finalmente, este estudio e investigación constituye una modesta contribución para el derecho patrio, en orden a establecer la verdadera responsabilidad de la sociedad leasing, esfuerzo investigativo que se vería retribuido en la medida en que incentive futuros estudios sobre esta problemática.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR

1. ASPECTOS PRELIMINARES DEL CONTRATO DE LEASING

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los primeros antecedentes del leasing se remontan a la antigüedad¹, no obstante, el leasing como lo conocemos hoy en día, es una figura comercial moderna que obedeciendo a sus orígenes, se constituye en una importante práctica para el fortalecimiento y crecimiento de la industria en los diferentes países. Como lo expone la doctrina:

“La figura hoy conocida como *leasing* o arrendamiento financiero, de acuerdo a la doctrina internacional tuvo sus orígenes a finales del siglo XIX en Estados Unidos como una práctica que permitía a los hombres de negocios obtener los medios económicos para financiar sus proyectos. Allí los empresarios de la industria

¹ “(...) Los antecedentes del Arrendamiento Financiero ó como es conocida actualmente bajo la palabra "leasing", son tan antiguos como la historia misma. En efecto, sus primeras referencias se consiguen en el Imperio Romano, cuando la Ley Agraria propuesta por Tiberio Greco aprobaba la expropiación de los grandes latifundios, siéndoles entregadas en pequeñas parcelas a los ciudadanos pobres, en arriendo hereditario sin derecho. Otro ejemplo sería, las grandes edificaciones que se efectuaron en el Imperio, donde ciertos equipos eran dados en calidad de renta y sus propietarios eran grandes comerciantes de esa época. (...), paralelamente a éstos acontecimientos ya el pueblo fenicio había desarrollado la técnica de arrendar ó cobrar impuestos por factorías que instalaron a lo largo del Mediterráneo, logrando en la mayoría de los casos rescatar su inversión en poco tiempo y venderlas de acuerdo a las circunstancias del demandante. Cabe señalar, que cuando no se cumplía lo anteriormente dicho, se abandonaban dichas factorías. Siguiendo la estela de éstos inicios, el arrendamiento pasa por toda la Edad Antigua, Medieval y Renacimiento hasta llegar a la primera y segunda revolución industrial, reflejándose en los Estados Unidos, desde 1. 872 hasta 1. 893, en las mineras donde ciertos capitalistas arrendaban por períodos eventuales ó temporales equipos para la explotación de los minerales, en general. (...) Habiéndose pasado por todo éste proceso histórico, llegamos al año crucial donde el "leasing" toma el aspecto financiero como lo conocemos hoy en día. En 1. 950, nace de un industrial zapatero norteamericano la idea de poner en rigor ésta nueva fórmula financiera. En efecto, debido a que dicho zapatero deseaba incrementar su capacidad productiva y los bancos no le ofrecían más crédito, propuso a uno de sus banqueros, vender su equipo en funcionamiento para la obtención de un préstamo por dos años, de manera que, al término de dicho período el banco pudiera recuperar su dinero, más los intereses respectivos, y el zapatero aumentar su capacidad productiva y recuperar nuevamente el equipo. De ésta operación, nace la U. S. LEASING CORPORATION. que sigue siendo una de las arrendadoras de importancia en los Estados Unidos”.(GOMEZ CASTAÑEDA, "Contribuciones a la Economía" revista académica con el Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas ISSN 16968360. Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/2005/orgc-leasing.htm>)

ferroviaria, ante la carencia de capitales de adquirir sus medios de producción, utilizaron el leasing como una alternativa para reconstruir la red ferroviaria”.²

Para ARRUBLA PAUCAR³, el leasing fue la fórmula que permitió a los capitalistas procurarse los medios económicos necesarios para financiar sus proyectos de expansión por los Estados Unidos: *“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 ochocientas sociedades dedicadas a la actividad”*⁴,

La práctica del leasing tomó tanta importancia para el desarrollo de la industria, que durante las décadas de los años 60 y 70 se extendió a los países europeos; *“(…) en Europa, Inglaterra fue el primer país en practicar el leasing, luego lo siguió Francia. Hoy existen compañías de leasing en todos los países industrializados”*⁵.

La historia del leasing permite revelar que ha sido un instrumento jurídico de comercio que ha permitido a los empresarios un mayor acceso a bienes productivos para el desarrollo de sus actividades, en ese sentido, ha sido clave para la consolidación de empresas dedicadas al transporte terrestre y para la expansión de los parques automotores en los diferentes países.

1.1.1 EL LEASING EN COLOMBIA Y ALGUNAS NORMAS QUE LO REGULAN

En Colombia el leasing surge como un negocio jurídico comercial que no se encontraba vigilado por el Estado, pero con su pronta acogida fue necesario adoptar en nuestro ordenamiento jurídico una regulación incipiente. Para el año de 1973 algunas de las compañías que lo ofertaban eran: Leasing de Colombia,

² CHAVEZ HECHEVERRY, Roberto. *El Contrato de Leasing Financiero y otros Temas en su Perspectiva Notarial y Registral*, Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Pág. 1.

³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*. Séptima edición, 2012, Editorial Legis. Pág. 145.

⁴ *Ibíd*em, Pág. 146

⁵ *Ibíd*em, Pág. 146

Arrendadora Financiera Santander, Leasing Bolívar, City Corporation y Leasing Mazuera⁶.

En principio, el leasing aparece como una actividad comercial ejecutada en el marco legal de las disposiciones generales consagradas en los códigos civiles y de comercio. Tal actividad fue desarrollada por sociedades que se constituían con el objeto de prestar este servicio financiero con sometimiento exclusivo a la regulación de las sociedades comerciales. Solo si tales empresas se constituían bajo la forma de sociedades anónimas se sometían al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 1997 de 1988, el Gobierno calificó el leasing como actividad financiera y en el año siguiente, mediante la entrada en vigencia de la Ley 74 de 1989, se sometió a las sociedades de financiamiento comercial que realizaban operaciones de leasing al control de la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.⁷ A su vez, la Superbancaria reguló la actividad de leasing mediante la resolución 4460 de 1989.

Es importante señalar que hasta ese momento las compañías de financiamiento comercial se encontraban definidas en el artículo 1.1.1.1.2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF- (Decreto 1730 de 1991) como una clase de establecimiento de crédito⁸ cuya función principal era la de “(...) *captar recursos mediante depósitos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes o servicios*”⁹.

⁶ Cfr., ESCOBAR GIL, Rodrigo Alonzo. *El contrato de Leasing Financiero*. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado 1987.

⁷ Ver. y Cfr. Óp. cit. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Concepto 2007028013-001 del 22 de junio de 2007. “*Leasing, Antecedentes En Colombia, Diferencias Con El Leasing Renting*”. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2007/2007028013.pdf>.

⁸ Cfr. Óp. Cit. pág. 2. Para el Dr. Roberto Chávez Echeverry, la realidad económica del contrato de leasing se reconoció con la expedición del decreto 836 de 1991, donde se dejó claro que es “*una operación especial diferente al crédito, a la venta de plazos y al arrendamiento puro*”.

⁹ Cfr. *Ibidem*.

Para permitir que las sociedades de leasing captaran dinero del público sin que ello conllevara un cambio en la operación, la Ley 35 de 1993 señaló en el artículo 12° que las sociedades de arrendamiento financiero o leasing, existentes a ese momento, podían convertirse en compañías de financiamiento comercial - CFC, advirtiendo que en caso contrario aquellas quedaban disueltas y debían liquidarse.

Con tal disposición, el concepto de compañía de financiamiento comercial, hasta entonces vigente, fue complementado en el artículo 2º, numeral 5 del Decreto 663 de 1993¹⁰ al que se incorporó lo previsto en la Ley 35 de 1993, en el sentido anotado, quedando así: *“Son compañías de financiamiento comercial las instituciones que tienen por función principal captar recursos mediante depósitos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes o servicios. Las compañías de financiamiento comercial especializadas en leasing tendrán como objeto primordial realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing”*¹¹.

A partir de esta norma, es posible distinguir dos clases de compañías de financiamiento comercial, de una parte, las tradicionales que venían operando desde el año 1979, y de otra, las sociedades de leasing que en virtud de la mencionada Ley 35 de 1993, se convirtieron en compañías de financiamiento comercial especializadas en leasing¹².

Para tales propósitos, a las compañías de financiamiento comercial tradicionales se les permitió, adicionalmente a las operaciones que tenían autorizadas, realizar la de leasing hasta determinado porcentaje, el cual equivalía al permitido en

¹⁰ Actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano.

¹¹ Cfr. Ibídem.

¹² Cfr. Ibídem.

operaciones de crédito a las compañías especializadas en dicha actividad¹³ (literal j del artículo 24° del EOSF).

Tal distinción desapareció con la expedición de la Ley 510 de 1999, cuyo artículo 16 modificó el numeral 5 del artículo 2 del EOSF, en el siguiente sentido: “*Son compañías de financiamiento comercial las instituciones que tienen por función principal captar recursos mediante depósitos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes o servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing*”¹⁴. Cabe anotar que hoy en día se encuentran habilitadas para ofertar el leasing tanto las Compañías de Financiamiento Comercial como las Entidades Bancarias en virtud de la ley 795 de 2003, las dos, adscritas al Sistema Financiero Colombiano,.

1.2. LA OPERACIÓN DE LEASING

Lo primero que hay que diferenciar, es que debe considerarse a la operación de leasing como el “*género*” y a los contratos de leasing como la “*especie*”.

¹³ “(...) es importante mencionar que los Decretos referidos, así como todas las normas posteriores, hasta hoy, respetan la naturaleza jurídica y realidad económica de la operación; se reconoce que ella es una actividad comercial; se entiende que en ésta operación no hay intermediación de dinero, sino de bienes; su contabilización en el PUC corresponde a una cuenta especial en el activo: “bienes dados en leasing”, diferente a la cuenta de “cartera de créditos”; se reconoce como una operación de arrendamiento, a tal punto que en los procesos universales, antes procesos concursales, hoy ley 550 de intervención económica, no es catalogada como crédito sino como gasto de administración, al entender que la compañía de leasing es una proveedora de bienes, no de dinero”. (Cfr. Óp. Cit. FEDERACIÓN COLOMBIANA DE COMPAÑÍAS DE LEASING - FEDELEASING, El Leasing en Colombia, “Antecedentes del Leasing en Colombia”, 2013. Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co/leasing.php>.)

¹⁴ Cfr. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Concepto 2007028013-001 del 22 de junio de 2007. Según la Superintendencia Financiera, se concluye que la realización de la operación de arrendamiento financiero o leasing quedó autorizada exclusivamente a las compañías de financiamiento comercial CFC, las cuales pueden desarrollar todas las operaciones que la ley les permite (el género) o especializarse en la prestación de la actividad del leasing financiero (la especie), sin que esto implique la existencia de dos tipos o clases de compañías de financiamiento comercial pues lo que las distingue es el enfoque que dentro del objeto social de la compañía, se le dé a la actividad del leasing financiero. Por otro lado, se tiene entonces que entre nuestras vigiladas las compañías de leasing son por naturaleza establecimientos de crédito (género) que dadas las características de la actividad que desarrollan se enmarcan en el rótulo de compañías de financiamiento comercial (que corresponde al subgénero en que se clasifica a estas entidades) y a su vez son empresas de leasing (como especie de las anteriores).

La operación de leasing se desarrolla principalmente en el escenario industrial y empresarial, en consecuencia, un empresario hará demanda de esta figura negocial, cuando requiera el financiamiento para alguna de las necesidades que tenga: necesidad de ampliar su negocio, de actualización y renovación de equipos o bienes objeto de su actividad negocial, o incluso, cuando desee establecer un nuevo negocio y no cuente al momento de su constitución con el capital suficiente para adquirir los bienes necesarios para poder desarrollar su objeto comercial.

La dinámica negocial de la operación de leasing se presenta de la siguiente forma: existe un empresario que requiere de unos bienes, le pide a la sociedad de leasing que le entregue en leasing dichos bienes, en consecuencia, la sociedad de leasing adquiere y paga la propiedad de los bienes al proveedor de los mismos y se los entrega al empresario a título de arrendamiento financiero¹⁵. Al mismo tiempo, la sociedad de leasing pacta una cláusula a favor del empresario, mediante la cual le confiere la posibilidad de adquirir los bienes entregados por un valor residual, al término del contrato.

La doctrina ha definido a la operación de leasing de la siguiente forma:

*“Una nueva fórmula de financiación del equipamiento de las empresas, mediante la cual estas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de leasing, a cuyo fin esta adquiere la propiedad del bien, sin perjuicio de que el usuario, optativamente pueda acceder al cabo de un tiempo, a dicha propiedad o continuar con el uso del bien”.*¹⁶

No obstante lo anterior, la operación de leasing no solo la toman los empresarios, pueden acceder a esta modalidad negocial, todas las personas capaces y hábiles

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que no se trata de un arrendamiento corriente, sino que dicho canon de arrendamiento genera el pago de unos intereses a favor del banco o compañía de financiamiento comercial, de allí que se trate de un contrato de financiamiento para la adquisición de bienes.

¹⁶ El tratadista Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, citando al Dr. Fernando López Iranzo (Estudio Jurídico, Sociedades de Leasing, 1977, pág. 300), en su obra *Contratos mercantiles, Contratos atípicos*, Bogotá, séptima edición, 2012, Editorial Legis, capítulo III, p.149.

para contratar, ya sean naturales o jurídicas, incluso las personas que no ostentan la calidad de comerciantes.

1.3. CLASIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING

La doctrina, la jurisprudencia y las entidades asociativas que ofertan el leasing, como la Federación Nacional de Compañías de leasing - FEDELEASING, han identificado la existencia de dos modalidades de operación de leasing denominadas el “*leasing financiero*” y el “*leasing operativo*”. Dicha clasificación, resulta importante para este estudio, toda vez que su objeto estará encaminado al leasing financiero.

1.3.1 OPERACIÓN DE LEASING FINANCIERO¹⁷

Es un contrato en virtud del cual existe una compañía de leasing, denominada *-la leasing -*¹⁸, que entrega a una persona natural o jurídica denominada *-Locatario -*, la tenencia de un activo (*bienes*), que la leasing ha adquirido para sí, a través del proveedor de dichos bienes, y que el locatario pidió para su uso y goce, a cambio del pago periódico de una suma de dinero (un canon de arrendamiento financiero – incluye el pago de intereses), y que al vencimiento del contrato el locatario tenga derecho a adquirir el activo por un valor residual previamente pactado y ejerciendo el derecho de opción de compra, la que al ser optativa, puede ejercerse o no, y en consecuencia podrá volver a negociar un nuevo contrato con el mismo u otros bienes, o simplemente devolver el bien entregado en leasing. (Ver gráfico No. 1)

¹⁷ Cabe indicar que la presente tesis tendrá como principal objeto de estudio la responsabilidad de la Sociedad de leasing en el escenario del el contrato de leasing financiero automotor.

¹⁸ Es de recordar que las sociedades de leasing, pueden ser Compañías de Financiamiento Comercial –CFC o Entidades Bancarias, ambas adscritas al sistema financiero colombiano.

Hoy en día se ofertan en el mercado financiero, una gran variedad de modalidades de leasing financiero, tales como: leasing habitacional¹⁹, leasing automotor²⁰, leasing sindicado²¹, leasing de infraestructura²², leasing apalancado o *leveraged*²³, retroleasing o *lease-back*²⁴, leasing internacional o *crossborder leasing*²⁵, *Dry* y *Wet leasing*²⁶. Cada una de estas modalidades presentan características negociales propias. Valga señalar, que el contrato mejor regulado en Colombia es el leasing habitacional.²⁷

1.3.1.1 ELEMENTOS DETERMINANTES DEL CONTRATO FINANCIERO

¹⁹ Se entiende por leasing habitacional, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble destinado a vivienda para su uso y goce, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

²⁰ Es en esta modalidad de leasing que se enfoca el estudio de la presente investigación, el mismo será caracterizado más adelante.

²¹ El leasing sindicado, es aquél en que el activo objeto del contrato de leasing pertenece a dos o más compañías de leasing, nacionales o extranjeras.

²² El de infraestructura, hace relación, aquél contrato de leasing que versa sobre bienes destinados a la ejecución de obras o proyectos de infraestructura, para el fortalecimiento del desarrollo social.

²³ El leasing apalancado: “Es una operación en virtud de la cual los recursos que utiliza la compañía de leasing para adquirir bienes y entregarlos en leasing, provienen de uno o varios inversionistas, por lo cual la compañía se convierte en un administrador del contrato. Bajo esta modalidad también es posible que la compañía de leasing actúe como copropietaria del bien entregado en leasing, si aporta parte de los recursos con los cuales se adquiere el bien objeto del contrato. Esta modalidad de leasing aún no se ha desarrollado en Colombia ni se encuentra regulada.” (FEDELEASING, “Glosario” el Leasing en Colombia. Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co/glosario.php>).

²⁴ El *retro-leasing*, es una modalidad en la que el proveedor y el locatario son la misma persona. Esta figura es usada por empresas que desean liberar recursos para capital de trabajo, vendiendo a las compañías de leasing sus activos productivos para tomarlos en leasing.

²⁵ Es un contrato en el cual la compañía de Leasing y el locatario se encuentran en países distintos y se rigen por sistemas legales diferentes. “Una de las características más importantes del leasing internacional en la regulación Colombiana, cuando se trata de una operación entre una compañía de leasing extranjera y un locatario domiciliado en Colombia, es que el bien objeto del contrato se importa bajo el régimen de importación temporal a largo plazo, si se cumplan los requisitos establecidos en los Decretos 1740 de 1991 y 1909 de 1992.” (FEDELEASING, “Glosario” el Leasing en Colombia. Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co/glosario.php>).

²⁶ Esta modalidad de leasing, es empleada para la financiación de aeronaves, por lo que es pertinente resaltar que: “Son términos utilizados en el leasing de aeronaves, donde se denomina DRY, el que tiene por objeto solamente la aeronave y WET, el que involucra dentro del canon, además del uso del equipo, la tripulación, el mantenimiento necesario para la operación y el valor de los seguros” (FEDELEASING, “Glosario” el Leasing en Colombia. Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co/glosario.php>).

²⁷ En nuestro país se encuentra regulado por el Título I, del libro 28 del Decreto 2555 de 2010 (modificado por el decreto 3594 de 2010, adicionado por el Decreto 4809 de 2011, y por el decreto 0848 de 2013.

Con relación a la descripción anterior, los elementos del contrato de leasing financiero son los siguientes: **(i)** la sociedad de leasing debe ser exclusivamente una Compañía de Financiamiento Comercial – CFC o un Banco, **(ii)** la Compañía de Leasing, se reserva para si la propiedad y posesión de los bienes, entregando al locatario únicamente el uso y goce - tenencia del bien. **(iii)** se pacta el pago de un canon de arrendamiento financiero, de forma periódica y por un plazo determinado que lleva implícitos los intereses causados por la financiación, el valor de las primas de pólizas de seguro y una amortización del valor del bien, **(iv)** es necesaria la existencia de una opción de adquisición de los bienes, a favor del locatario de los mismos, quien la podrá hacer efectiva o no al término del plazo. **(v)** que el bien entregado en leasing, sea susceptible de producir renta a favor del locatario²⁸.

1.3.2 OPERACIÓN DE LEASING OPERATIVO O *TRUE LEASING* Y EL *RENTING*

El leasing operativo es otra modalidad practicada principalmente por fabricantes y/o proveedores de bienes para la venta de sus productos.

La dinámica comercial dentro de este contrato se presenta de la siguiente forma: el fabricante y/o proveedor, quien puede ser una persona natural o jurídica, entrega al demandante de los bienes que él produce, la tenencia de alguno de sus productos a cambio del pago de un canon o renta periódica. La diferencia con el

²⁸ Sobre esta última disposición, ateniendo a la rentabilidad del bien esgrimida por la gran mayoría de la doctrina, debe realizarse un reparo, toda vez que el contrato de leasing no únicamente lo pueden suscribir empresarios ni sociedades con el ánimo exportar los bienes y obtener un lucro de los mismos, a contrario sensu, las entidades financieras que ofertan el leasing en Colombia a manera de ejemplo: Bancolombia, Banco de Occidente, a través de sus asesores comerciales, ofertan el leasing a personas naturales, cuando estas desean adquirir una casa, apartamento, o carro, como una alternativa más de financiamiento diferente al crédito hipotecario o de vehículo, aquí, la intención de la persona no será adquirir el bien para explotarlo, sino para su propio provecho con la expectativa de adquirir de forma definitiva el bien, al término del contrato; “a pesar de esta concepción económica veremos como en muchos casos, también llamados leasing, por ejemplo de automóviles y otros aparatos de consumo, si bien se utiliza la forma jurídica, no se cumple con la finalidad económica que ofrece la operación” (óp. Cit, ARRUBLA PAUCAR, contratos atípicos, pág. 147.)

arrendamiento civil²⁹, radica principalmente en que los bienes entregados en aquel contrato deben ser susceptibles de producir renta, aspecto este que no se predica en el contrato netamente civil y donde se aprecia su connotación comercial. (Ver gráfico No. 2)

La Superintendencia Financiera, ha señalado que esta modalidad de leasing corresponde a un contrato por el cual,

“(...) una persona natural o jurídica, denominada arrendadora, concede a otra, denominada arrendataria, la tenencia de un bien para su uso y goce a cambio de una contraprestación consistente en el pago o renta de una suma de dinero periódica. Esta clase de leasing puede ser realizado tanto por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera como por no vigiladas. Los elementos esenciales del leasing operativo son: a) la entrega del bien y b) el pago de un canon de arrendamiento.”³⁰

Para la Federación Colombiana de Compañías de Leasing, el leasing operativo consiste en que las compañías afiliadas *“(...) compran el activo productivo que el cliente seleccione y lo entregan en arrendamiento. En este tipo de leasing no se pacta previamente una opción de compra. Es la modalidad de leasing más apropiada para equipos de alta obsolescencia. El canon de arrendamiento es 100% deducible”*.

El llamado leasing operativo o *true leasing*, no es un contrato financiero por defecto, en este se busca primordialmente obtener el uso y goce del bien objeto del mismo y no así su propiedad, por lo tanto no es la *“esencia de este tipo de contrato la inclusión de una opción de compra a que tiene derecho el locatario en*

²⁹ El artículo 1973° del código civil, consagra la definición del contrato civil: El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”, sin embargo la doctrina ha expresado que solo eventualmente se pacta una opción de compra, la diferencia es que uno de los requisitos, es que el bien entregado sea susceptible de entregar una buena explotación comercial.

³⁰ Concepto de la Superintendencia Financiera. Nro. 2010027830-002 del 1 de junio de 2010.

*el leasing financiero*³¹, ni tampoco se amortiza el valor del bien en los cánones de arrendamiento, como sucede en el financiero, simplemente el canon incluye todos los costos que requiera el uso, el locatario simplemente lo usa y paga el canon.

En el operativo, la propiedad cumple la función que le es propia: otorgar a su titular del derecho de dominio (fabricante o proveedor) la facultad de obtener de la cosa la mayor renta posible en atención a su duración física.

Cuando no es el fabricante ni el proveedor quien arrienda sus productos, sino un tercero, la operación se conoce como “*Renting*”. Salvo esta diferencia, en lo demás se trata del mismo negocio, por lo que podríamos decir que el *Renting* es una modalidad de leasing operativo, principalmente usado para la renta de maquinaria y automotores.

1.3.2.1 ELEMENTOS DETERMINANTES DEL CONTRATO OPERATIVO

De lo anterior es pertinente destacar que son elementos propios de este contrato los siguientes: **(i)** la persona que oferta el leasing operativo, no siempre es una entidad adscrita al sistema financiero, contrario sensu, lo pueden ofertar los fabricantes que tengan la calidad de personas naturales, **(ii)** la persona dadora de los bienes (fabricante y/o proveedor) se reserva para sí la propiedad y posesión de los bienes, entregando al arrendatario únicamente el uso y goce del bien - tenencia, **(iii)** se pacta el pago de un canon de arrendamiento de forma periódica y por un plazo determinado, **(iv)** la opción de compra solo se presenta excepcionalmente y de presentarse será por el valor comercial al momento de la compra y no por el residual, de aquí que en este tipo de contratos la opción no es requisito fundamental, pues la finalidad es que la propiedad del bien permanezca en cabeza del arrendador, mientras se explota y se obtiene un lucro por parte del arrendatario, **(v)** en el leasing operativo se requiere que el bien entregado sea

³¹ Cfr. *Ibidem*.

susceptible de producir renta a favor del locatario, es por esta razón que los principales bienes que se ofertan son maquinaria para infraestructura.

1.4. EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO

1.4.1 DEFINICIÓN

La palabra “*leasing*” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – DRAE, se define como “*arrendamiento con opción de compra del objeto arrendado*”. A su vez, al ser un vocablo anglosajón, se deriva del verbo inglés “*to lease*”, que significa “*arrendar o dar en arriendo*”, no obstante, estas definiciones no abarcan la complejidad que caracteriza el contrato de leasing, pues no se trata de un contrato de arrendamiento convencional, sino de uno con especiales características, dentro del cual “*una parte entrega a otra un bien para su uso y goce durante un periodo de tiempo determinado, a cuyo término el bien puede ser restituido a su propietario o transferido al usuario, siempre y cuando este último decida ejercer la opción de compra pactada a su favor*”³².

Una de las connotaciones primordiales que identifican al contrato de leasing financiero son: **(i)** solo las entidades adscritas al sistema financiero colombiano como los Bancos³³ y las Compañías de Financiamiento Comercial - CFC, pueden ofertar este tipo de contratos, **(ii)** es un requisito *sine qua non* la existencia de una opción de compra en favor del locatario.

1.4.1.1 DEFINICIÓN DOCTRINAL

El contrato de leasing ha sido definido por la doctrina de la siguiente forma:

³² Óp. cit. CHAVEZ HECHEVERRY, Roberto. *El Contrato de Leasing Financiero y otros Temas en su Perspectiva Notarial y Registral*, Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTD. Pág. 5.

³³ De acuerdo con el decreto 2555 de 2010 pueden ser además de una sociedad de Financiamiento Comercial, un establecimiento Bancario.

“la existencia de una operación de financiación a medio y largo plazo, mediante la cual quien necesita un bien (normalmente maquinarias o bienes de equipo) contrata con un intermediario financiero para que éste lo adquiera del fabricante, con el fin de cederle su uso por tiempo determinado durante el pago de un canon”³⁴

“(…) una financiación destinada a ofrecer a los industriales y a los comerciantes un medio flexible y nuevo de disponer de un bien de equipo alquilándolo en vez de comprarlo. Esta operación es realizada por sociedades especializadas que compran el material siguiendo las operaciones del futuro usuario, alquilándose durante un plazo convenido y mediando la percepción de un canon fijado en el contrato que debe reservar al arrendatario un opción de compra sobre el material al término del periodo inicial”³⁵

“(…) aquel por virtud del cual una sociedad especializada adquiere, a petición del 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”³⁶

“Se presenta como una operación mercantil compleja, una verdadera tetralogía contractual donde se produce una yuxtaposición de la gran cantidad de actos, comprendiendo diversas figuras del derecho como el mandato implícito, la compraventa, el arrendamiento, y la opción de compra, y que finalmente, confluyen en una simbiosis de relaciones jurídicas”³⁷

“(…) el leasing es un negocio jurídico en virtud del cual una sociedad le entrega a una persona la tenencia de un determinado bien productivo, para que lo use y obtenga provecho de él, a cambio de una renta periódica que se determina, principalmente, en función del goce concedido y de la amortización de su costo de adquisición; en el

³⁴ BROSETA PONT, M. *Manuel de Derecho Mercantil*, Sexta Edición, Madrid, 1985, Citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Agraria,

³⁵ ROLING, Serge, “El Leasing”, Editorial: Pyramided. Madrid en 1974. Traducción por Tomas Pérez Ruiz, pág. 18, citado por la Asociación Bancaria de Colombia, “El Leasing Arrendamiento Financiero “5° Edición, 1982, pág. 11. Rustica.

³⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios, su significación en américa latina*, Sexta edición, Ed. Legis Editores S.A., 2009, pág. 679.

³⁷ Citado por E. Hulia Vicent y T Beltrán Alandete. *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. Editorial J.M Bosch. 1999. Pág. 19

que, además, se le confiere al locatario o usuario, quien debe hacer restitución al vencimiento del plazo acordado, la opción ejercitable en ese mismo momento de adquirir la propiedad, mediante el pago de una suma de dinero establecida desde el comienzo por las partes”³⁸

“(…) un contrato en virtud del cual, una parte entrega a otra un activo productivo 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 locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición que, generalmente se pacta su favor”³⁹.

“(…) queda jurídicamente definido como una operación de carácter sui-generis, tripartita⁴⁰, en virtud de la cual, una parte, (la compañía de leasing), conforme a las especificaciones de otra parte (el usuario), celebra un contrato (el contrato de adquisición), con una tercera parte (el proveedor), en virtud de la cual la compañía de leasing adquiera la propiedad de “plantas (incluyendo inmueble), bienes de capital u otros equipos, de acuerdo con los términos aprobados por el usuario, en la medida que concierne a sus interés, y la primera parte, es decir, la compañía de leasing, celebra otro contrato (el contrato de leasing) con el usuario, cediéndole a éste el derecho al uso de tales bienes, a cambio del pago de unas rentas”⁴¹

1.4.1.2 DEFINICIÓN LEGAL

Se predica del contrato de leasing financiero su naturaleza atípica, de allí que en la legislación nacional no exista un instrumento normativo que regule de forma completa y unificada a esta operación. Sin embargo, a partir de su exigua regulación, se puede afirmar que se trata de un contrato comercial, toda vez que

³⁸ ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA - EJRLB, Módulo de Aprendizaje Auto dirigido, Plan de Formación de la Rama Judicial, “Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales. Fiducia Mercantil, Leasing, y Agencia Comercial”, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Pág. 51.

³⁹ FEDERACIÓN COLOMBIANA DE COMPAÑÍAS DE LEASING, “Glosario”, *El Leasing en Colombia*, 2013. Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co/glosario.php>.

⁴⁰ Como veremos más adelante, en el contrato de Leasing Financiero no es obligatorio que sea tripartito, puede ser Bilateral.

⁴¹ PEÑA NOSSA, Lisandro. *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*, 2da., Editorial ECOE ediciones, año 2006, p. 496.

se encuentra ubicado en un grupo de negocios que para su celebración requiere de la existencia de un sujeto calificado que lo oferte, como lo son las Compañías de Financiamiento Comercial o los Bancos.

Algunas de las normas que definen al leasing son las siguientes: el Decreto 148 de 1979 lo define como: *“el consistente en el arrendamiento que se concede a una persona natural o jurídica, de bienes de capital, bienes que adquiere la sociedad de leasing de acuerdo con las especificaciones dadas por el arrendatario, otorgándole, a su vez, una opción de compra del mismo bien, cuyo precio deberá tener en cuenta el monto de los cánones de arrendamiento”*

Por otro lado se encuentra:

“(…) el decreto 836 de 1991, aclaró que leasing es “operación especial diferente al crédito, a la venta de plazos y al arrendamiento puro”; y que el decreto 913 del 19 de Mayo de 1993, “por el cual se dictan normas del ejercicio de la actividad de arrendamiento financiero o leasing”, en su artículo 2° define esta figura como base en las prácticas y costumbres mercantiles como “la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiado 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”.⁴²

1.4.1.3 DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL

Como se expresó, el leasing financiero, al ser un contrato relativamente nuevo en Colombia, no posee un marco normativo específico. Este contrato ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia de las altas Cortes en Colombia, dichas corporaciones judiciales, se han adentrado en los problemas jurídicos que

⁴² Óp. cit. CHAVEZ HECHEVERRY, Roberto. *El Contrato de Leasing*, Pág. 8.

presenta el contrato, y en virtud de ello, lo han estudiado y definido de la siguiente manera:

“(…) como un contrato financiero, (…) por medio del cual el propietario de un bien de capital cede su uso por un determinado tiempo, a cambio de una renta periódica, pudiendo acordar eventualmente con el usuario del bien, una opción de compra. Si bien las anteriores son características generales que se puede encontrar en muchos otros tipos de contratos, el leasing no puede ser confundido o asimilado a un negocio jurídico de venta a plazos con reserva de dominio, ni a un contrato de crédito, pues en el primer supuesto, la propiedad del bien se adquiere desde el pago de la primera cuota, mientras que en el leasing ésta se adquiere al final del contrato y solo cuando se pretenda ejercer la opción de compra; frente al segundo supuesto, la diferencia radica en que el objeto de leasing es transferir el uso de un bien de propiedad, mientras que en el crédito se entrega un bien fungible como es el dinero debiéndose devolver una cantidad igual a la recibida en el crédito, más los intereses pactados.”⁴³

:

“un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad autorizada -por la ley- para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal -mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, lato sensu, necesariamente productivo-, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, in actus, la propiedad de la misma, previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior -por supuesto- a su costo comercial (valor residual), sin perjuicio de la posibilidad de renovar, in futuro, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes”⁴⁴

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, *Acción de tutela instaurada por FORMAPLAC S.A. contra el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil Tribunal Superior de la misma ciudad*, Referencia: expediente T-3.858.928. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos, Bogotá D.C., 17 de octubre de 2013.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil Agraria, año 2002, expediente No. 6462, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

“El contrato de leasing es una operación financiera que consiste en el alquiler de los bienes necesarios, con la opción de comprarlos al final del contrato de arrendamiento. Para efectos contables y tributarios, existen dos modalidades: i) el leasing financiero y ii) el leasing operativo. El leasing financiero es un mecanismo de financiación para la adquisición de bienes, en el que se pacta la opción irrevocable de compra al finalizar el pago de los cánones convenidos; el arrendatario registra el bien objeto del contrato como un activo susceptible de ser depreciado o amortizado, utilizando las mismas reglas y normas que se aplicarían si el bien arrendado fuera de su propiedad. Como el bien debe ser contabilizado como un activo, dentro de su patrimonio, el locatario puede deducir de su renta los valores que correspondan por la amortización y depreciación del mismo al igual la parte correspondiente al costo financiero de los cánones de arrendamiento (...)”⁴⁵

En síntesis, para la jurisprudencia, se trata de un negocio jurídico en el que el propietario del bien, de naturaleza calificada y siempre autorizado por el sistema financiero, en virtud del contrato, se desprende únicamente de la facultad de uso, es decir, de la sola tenencia, la cual es entregada al arrendatario – locatario, a cambio del denominado canon de arrendamiento, el cual por su estructura implícitamente conlleva los siguientes componentes: **(i)** amortización del valor del bien, el cual se paga por instalamentos y es la forma de recuperar o regresar para la entidad de leasing la inversión que efectúa para la adquisición del bien, **(ii)** los rendimientos financieros, esto es, los intereses pactados, **(iii)** otros costos como primas de seguros.

Es de la naturaleza de este negocio jurídico, la existencia de una opción de compra radicada en cabeza del locatario, la cual podrá ejercerse o no al final del plazo, y en caso de ser ejercida, el valor de la adquisición corresponderá únicamente a un costo residual y no comercial del bien; por lo tanto, el dominio siempre ha de reservarse y permanece en cabeza de la entidad de leasing, la que

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Bogotá D. C., seis (6) de septiembre de 2013, Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00081-0119061.

además, con calidad de dueña, conserva la posesión del bien, aspectos estos relevantes para el cometido de nuestra investigación.

De igual forma, es de anotar que el contrato de leasing financiero ofrece al locatario beneficios tributarios, consistentes en la deducción en su declaración de renta del valor de los cánones pagados⁴⁶.

2. GENERALIDADES DEL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR

2.1. EL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR

En orden a establecer la definición y características del contrato de leasing automotor, habrá que comenzar por definir y establecer el concepto de “automotor”.

2.1.1 EL AUTOMOTOR

La palabra “*automotor*” proviene de la composición de “auto” – y “motor”.

Según la Real Academia Española de la Lengua–DRAE, se define como aquel adjetivo que atañe a *“una máquina, de un instrumento o de un aparato: que se mueve sin la intervención directa de una acción exterior”*⁴⁷, definición que es aplicable a los llamados vehículos de tracción mecánica, y en consecuencia es perteneciente o relativo a los *“vehículos automotores, especialmente los automóviles de propulsión, producidos por la industria automotora”*⁴⁸.

⁴⁶ Al respecto Cfr. DIAN – Concepto 064697 de 2008.

⁴⁷ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española - DRAE

⁴⁸ Cfr. Óp. cit., Ibídem.

Por su parte, la Federación Internacional del Automóvil–FAI⁴⁹, define de la siguiente forma al vehículo automotor: "*Vehículo terrestre movido por sus propios medios, que se desliza mínimo sobre cuatro ruedas dispuestas en más de una alineación y que están siempre en contacto con el suelo, y de las cuales por lo menos dos son directrices y dos de propulsión*"⁵⁰

La misma Federación señala que de acuerdo con la utilidad para la cual está diseñado el vehículo automotor, existen dos grandes clasificaciones: Los **(i) vehículos de turismo** (transporte de personas) y los **(ii) vehículos de carga**. Los vehículos de turismo cuya carrocería y órganos mecánicos y de seguridad están diseñados y construidos exclusivamente para el transporte de personas. De acuerdo con el tamaño podemos clasificarlos como automóviles, en cuyo espacio se alojan cómodamente hasta seis personas, busetas (Colombia) y, autobuses en los cuales se pueden movilizar un número mayor de personas. Los vehículos de carga, también conocidos como "utilitarios", son vehículos destinados básicamente al transporte de bienes materiales o animales, aunque en algunos casos también se utilizan para el transporte de personas⁵¹.

De acuerdo al tamaño y servicios del vehículo, estos pueden ser del **(i)** tipo liviano, entre los que cuentan los camperos y las camionetas, los cuales vienen dotados mecánicamente en la mayoría de los casos de los accesorios suficientes para un desempeño óptimo en terrenos difíciles o fuera de carretera (doble tracción), o del **(ii)** tipo pesado (camiones y tracto camiones), los cuales de acuerdo a la utilidad específica pueden ser camión cisterna, de estaca, de cama baja, grúa, etc.⁵².

⁴⁹ La Federación Internacional de la Automóvil es una organización sin ánimo de lucro con sede en la Plaza de la Concordia de París, Francia, y que incluye a más de 200 organizaciones automovilísticas de 125 países. Para mayor información consultar: www.fia.com.

⁵⁰ BANCO DE LA REPUBLICA, Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango, "El Vehículo Automotor". Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/node/92119>.

⁵¹ Cfr. Óp. cit., Ibídem.

⁵² Cfr. Óp. cit. Ibídem.

2.1.2 DEFINICIÓN Y DINÁMICA DEL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR

Teniendo en cuenta la anterior definición, el contrato de leasing automotor será aquella modalidad del contrato de leasing financiero en la cual se estipula como bien objeto del contrato uno o varios vehículos automotores (independientemente de la clase, tipo o utilidad del automotor).

Así pues, la dinámica comercial de este contrato se presenta de la siguiente forma: existe una persona llamada locatario, sea empresario o no, persona natural o jurídica; que requiere de uno o varios automotores, ya sea para uso personal o para explotación y obtención de un lucro; quien le pide a una sociedad de leasing que le entregue en leasing dichos automotores; en consecuencia, la sociedad de leasing - compañía de financiamiento comercial o banco, adquiere la propiedad de los automotores al proveedor de los mismos y se los entrega a título de arrendamiento financiero al locatario. Al mismo tiempo, la sociedad de leasing pacta una cláusula a favor del locatario, mediante la cual, le confiere la posibilidad de adquirir los automotores entregados por un valor residual, al término del contrato.

2.1.3 IMPACTO COMERCIAL Y ECONÓMICO DEL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR EN COLOMBIA

A ninguno de los colombianos nos es ajeno el incontenible parque automotor rodante que en la actualidad ocupa las diferentes calles y carreteras del territorio nacional y su incremento acelerado.

Un primer estudio acerca de la población del parque automotor, en el que están excluidas las motocicletas, - tan solo entre automóviles, camionetas y camperos, buses, busetas, camiones, volquetas -, según el anuario estadístico del transporte del Ministerio de Transporte, con datos a 2007, en el país había 2.140.264

vehículos⁵³, otro estudio demuestra que para el año 2009 “El parque automotor en Colombia es de 5,8 millones de automotores (...), de los cuales 2,6 millones son motocicletas”⁵⁴ es decir, que para este año, ya se contaba con 3,2 millones de automotores, lo que evidenciaba que en tan solo dos años, la población del parque se había incrementado en un 1.059.736 vehículos automotores, así mismo, “el índice de motorización para 2009, medido como habitantes por vehículo, era de 7,7 sin motocicletas”⁵⁵, es decir que, por cada 7,7 personas, había un vehículo automotor; un estudio posterior revela que para el año 2013 el parque automotor en Colombia se ubicaba en “3,7 millones de automotores y 6,8 millones, si se incluían motocicletas”⁵⁶, y se estima que entre el año 2010 y 2020 la cifra tendrá un crecimiento de “3.5 millones” de automotores, “lo cual implica duplicar su stock actual e implicará una tasa anual de 7,9% en el incremento del parque”⁵⁷, es decir que para el año 2020, teniendo en cuenta su ritmo de expansión, Colombia

⁵³ El estudio del Ministerio de Transporte con datos a 2007, en el país había 5 millones 300 mil 769 vehículos, en esa cifra se incluyen autos, buses, busetas, camiones, camionetas, camperos, microbuses, volquetas, motocicletas, maquinaria agrícola, maquinaria industrial, bicicletas, motocarros, y motociclos; a esos cinco millones 300 mil vehículos hay que quitarles 2 millones 160 mil 505 motocicletas, de igual forma se estima que la población entre biciletas, motocarros, motociclos y maquinaria industrial asciende aproximadamente en 1 millón de unidades, que también hay que descontárselo a la anterior cifra, para que el estudio nos arroje el resultado de la totalidad de vehículos automotores en 2 millones 140 mil 264 vehículos, pues tan solo un millón 876 mil 218 son automóviles, 385.833 camionetas y 423.730 camperos y el resto de la cifra corresponde a buses, busetas, camiones, camionetas, volquetas, lo anterior encajándolo al concepto de “vehículo automotor ya analizado. (Cfr. CAMACHO MARIN, Carlos, *¿Cuántos Carros hay en Colombia?*, El tiempo Casa Editorial, columna del 18 de abril de 2009. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3404798>).

⁵⁴ BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. – BBVA., informe de la “Situación Automotriz Colombia 2010”, BBVA Research – análisis económico. Disponible en: https://www.bbva.com/KETD/fbin/mult/1012_SituacionAutomotrizColombia_tcm346-239552.pdf?ts=372013.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Según la revista Dinero, a través de uno de sus artículos publicados para empresas, en fecha 2 de mayo de 2013, con fundamento en lo señalado por uno de los economistas del departamento de investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA RESEACH, expuso lo siguiente: “El parque automotor en Colombia se ubica en 3,7 millones de automóviles y 6,8 millones, si incluimos motocicletas, lo cual implica un promedio de 80 unidades por cada mil habitantes ó 148 si se incluyen las motos. Un nivel inferior al observado en países como Chile (131 sin motos) y Argentina (201), y muy por debajo respecto a los países del G7, donde se alcanzan en promedio 500 unidades por cada 1.000 habitantes”, señaló Mauricio Hernández, economista de BBVA Research. (...) Con el ritmo de ventas proyectado, el análisis de BBVA Research da cuenta que Colombia va a incrementar su parque automotor en 3,5 millones de vehículos entre 2010 y 2020, lo cual implica duplicar su stock actual y crecer a una tasa promedio anual de 7,9%. “El principal factor de expansión del mercado automotriz en Colombia, es el bajo punto de partida de la tasa automóviles/habitantes, la cual llegaría en 2020 a 128 autos por cada mil habitantes, muy lejos aún de la tasa de saturación estimada en 500”, agregó el economista”.

⁵⁷ Cfr. El informe del año 2012 del Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA RESEACH. Disponible en: https://www.bbva.com/KETD/fbin/mult/1301_SitAutomotriz_Colombia_Ene13_tcm346-364303.pdf?ts=1422013.

contará con un parque cercano a la cifra de 10 millones de automotores, si no más. (Ver gráfico No. 3)

Así mismo, frente a dicha expansión, debe tenerse en cuenta que gran parte de los automotores se adquiere con financiación, pues a juicio del Departamento de Investigaciones de BBVA Research; *“El financiamiento de vehículos es un mercado amplio y competitivo, con productos y servicios altamente especializados, donde la cartera alcanza el 0,8% del PIB⁵⁸. En él sobresalen las compañías de financiamiento y algunos bancos⁵⁹”*. De igual forma en su informe sobre la situación automotriz en Colombia del año 2010, señaló que:

“En el mercado de vehículos al detal se ha desarrollado un sistema de financiamiento especializado con entidades con mucha experiencia y una amplia variedad de productos flexibles y personalizados. Los productos financieros ofrecidos varían desde créditos comerciales con o sin el vehículo como garantía, **modalidades de leasing (operativo o financiero)**, hasta planes de ahorro programado.

El sector financiero juega un papel central en la dinámica del sector automotor a diferentes niveles y fases. (...) Por el lado de la demanda, proveen los recursos de financiamiento de mediano y largo plazo para compras por clientes particulares, y **para compras de flotas tanto de grandes compañías como de pequeñas y medianas empresas, en sectores industriales, comerciales y oficiales, y servicio especializado de transporte (carga y pasajeros)**.

Existe igualmente una gran variedad de entidades que ofrecen los servicios financieros al sector automotor. Participan bancos comerciales, compañías de financiamiento, corporaciones financieras y sociedades fiduciarias. **De acuerdo al sondeo del mercado, las compañías de financiamiento, incluyendo leasing**

⁵⁸ El producto interno bruto, o mejor conocido por sus siglas PIB, “es el valor total de la producción corriente todos los de bienes y servicios de un país, durante un período de tiempo determinado, que por lo general de es un trimestre o un año. Para el cálculo del PIB sólo se tiene en cuenta la producción que se realiza en el país, dentro de las fronteras geográficas de la nación, sin importar si ésta producción fue realizada por personas o empresas nacionales o extranjeras”.(ARDILA ARENAS, Juan, “Producto Interno Bruto”, economía y finanzas e-gerence, publicado el 12 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.gerenci e.co m/producto-interno-bruto.html>).

⁵⁹ Cfr. Óp. cit. El informe del año 2010 del Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA Research.

vehicular tienen una participación en este mercado cercana al 70%, los bancos participan con un 25% y el 5% las otras entidades.

La cartera de consumo reportada como préstamos para compra de automóviles y demás vehículos particulares alcanzó \$4,5 billones en junio de 2010, (...) El crédito para vehículos representa el 10% de la cartera de consumo, (...) Los créditos para compra de automóviles y demás vehículos de uso particular son los créditos de consumo con los mayores montos.

Por otro lado, la proporción financiada de los vehículos depende del rango de valor del vehículo. En promedio en las gamas medias y bajas se financia entre un 70% y 80% del valor de vehículo, mientras que en las gamas altas se financia el 60% del valor del vehículo. (...) **Aplicando estas proporciones a los datos de ventas acumuladas a septiembre (173.888 vehículos), se estima que el valor financiado en lo corrido de 2010 estaría alrededor de \$3,6 billones (0,7% del PIB), (...)**⁶⁰
(Ver gráfico No. 4)

Sobre las razones y motivos de dicha expansión, como bien lo expresa BBVA Research, obedecen a que: *“A medio plazo vemos perspectivas positivas sobre la demanda de vehículos particulares, fundamentadas en los bajos niveles iniciales de penetración de los automóviles, el crecimiento de una pujante clase media, el mayor nivel de ingresos promedio de la población y menores costos por competencia de las importaciones”*⁶¹, en ese mismo sentido, otro estudio realizado por PROEXPORT Colombia, nos dice: *“Este comportamiento estará impulsado por el buen momento que atraviesa la industria, además de la facilidad de financiamiento especializado, las sociedades fiduciarias y la figura de leasing vehicular”*⁶². (Ver gráfico No. 5)

Frente a ese rol e impacto del contrato de leasing automotor dentro de la expansión del parque automotor, a manera de ejemplo tenemos que según el

⁶⁰ Crf. Óp. cit. BBVA RESEACH, informe del año 2010.

⁶¹ Ibidem.

⁶² PROMOCIÓN DE TURISMO, INVERSIÓN Y EXPORTACIONES – PROEXPORT COLOMBIA, *“Industria Automotriz en Colombia”*, informe del estudio realizado en el mes de Septiembre de 2012, Disponible en: [http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Perfil%20Automotriz_%20Septiembre%202012%20Final%20\(2\).pdf](http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Perfil%20Automotriz_%20Septiembre%202012%20Final%20(2).pdf).

estudio del Ministerio de Transporte en el año 2000, se estableció que 7.548 automotores de transporte de “carga” – tracto-mulas, camiones, volquetas, entre otros – figuraban de propiedad de sociedades de leasing, cifra equivalente al 5.39% de la totalidad (100%) de automotores de carga en Colombia, para esa data⁶³. A ello sumémosle, que desde el año 2000, ya han transcurrido más de 15 años, en los que el contrato de leasing automotor, sin duda alguna, ha contribuido de manera significativa al incremento no solo de automotores de carga, sino también de pasajeros y de uso particular; lo que se traduce, en una significativa cifra de automotores leasing rodando actualmente por las calles y carreteras colombianas. (Ver gráficos Nros. 6 y 7)

Según un estudio presentado por la Federación Colombiana de Compañías de Leasing – FEDELEASING, a corte de septiembre de 2015, la demanda de leasing automotor se ubica en el tercer puesto, únicamente precedido de los que recaen sobre inmuebles y maquinaria⁶⁴. (Ver gráfico No. 8)

La participación del contrato de leasing automotor en el mercado de leasing financiero representa una cifra cercana a los cuatro billones de pesos al año⁶⁵, cifra que representa aproximadamente el 20% del total del valor de la demanda anual de todas las modalidades de leasing financiero que existen en Colombia. Es de anotar que las sociedades de leasing, obtienen una utilidad o provecho significativo de esa cuantía, derivado de la financiación del parque automotor leasing.

⁶³ Cfr. MINISTERIO DE TRANSPORTE, Republica de Colombia, Estudio denominado “Parque Automotor de Transporte de Carga en Colombia” realizado por la Subdirección Operativa de Transporte Automotor, grupo de estudios de carga, personal técnico, en el año 2000. Disponible en: <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile>.

⁶⁴ Cfr. Federación Colombiana de Compañías de Leasing. Informe de mercado sector leasing a diciembre de 2015. http://www.fedeleasing.org.co/documentos/informe_diciembre_2015.pdf.

⁶⁵ En el informe trimestral del mercado de leasing, por parte de Fede Leasing, establece: “Desde 2012, el leasing financiero de vehículos ha mostrado un descenso en las principales instituciones que ofrecen esta modalidad de financiamiento. Bancolombia mantiene su liderazgo en este mercado, con una participación del 41,0% y un monto operacional de 1,57 billones de pesos a diciembre de 2014. La segunda institución financiera que le sigue a Bancolombia es Banco de Occidente, cuyo monto de operaciones no alcanza a superar el billón de pesos. El resto de entidades han mantenido sus operaciones relativamente estables en los últimos años”(FEDELEASING, informe trimestral 2015, Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co/estadistica.php>).

En el contexto anterior, ciertamente, son los procesos integrales de globalización económica y la dinámica de los mercados altamente competitivos, los cuales, aunados al crecimiento y expansión urbanística de las ciudades y a la interrelación cada vez más veloz de las distintas necesidades de la sociedad moderna, los que demandan cada vez más la dotación de los medios adecuados para satisfacer dichos requerimientos, siendo el parque automotor, por una parte, una de ellas, pero además, correlativamente, deviene esta circunstancia en una oportunidad más para el mercado financiero en cabeza de las entidades profesionales que lo conforman para el provecho y la utilidad económica, pero todo ello, generando al final de cuentas y en el escenario de la actividad del automotor, un incremento acelerado del riesgo y en muchos casos dejando en desprotección jurídica y en indefensión a las potenciales víctimas de los daños.

2.1.4 LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR

Algunos autores sostienen que *“muchas veces mayor provecho se tiene con el uso del bien antes que ser propietario del mismo, el éxito está en saber utilizar el bien en los diferentes procesos productivos, este tecnicismo es lo que nos lleva a la necesidad de aprovechar al máximo los recursos y crear formulas contractuales que superen los márgenes tradicionales”*.⁶⁶

De igual forma afirman que, *“El creciente proceso de modernización que caracteriza a la sociedad provoca una mayor diversificación en la actividad económica. Al lado de todo ese avance en la actividad, los mecanismos clásicos*

⁶⁶ Óp. cit. SANTACRUZ, José Luis. “Contrato de Leasing”, artículo sobre el leasing del 8 de agosto de 2011, Disponible en: <http://es.slideshare.net/josesr1987/contrato-de-leasing-13915198>.

*de financiación quedan insuficientes. Aparecen también nuevas formas de financiación de la actividad productiva*⁶⁷

Y también han dicho, que,

*“El leasing financiero surge como una nueva forma de financiación, ofreciendo al usuario la posibilidad de agregar otra línea de crédito a las que tiene a su disposición. El bien que será objeto del leasing debe tener una actitud tal que proporcione los rendimientos necesarios para cubrir el costo de la amortización de los beneficios esperados. Es el propio equipo el que se va a auto financiar con los mayores ingresos que proporcione*⁶⁸.

La escasa regulación existente, así como la jurisprudencia colombiana, lo catalogan como una línea de crédito, sin embargo, compartimos que el leasing no es una línea de crédito directo, sino indirecto, así como lo ha señalado la Superintendencia Financiera:

*“En otras palabras, si a la expresión “Crédito” se le da el alcance o significado restrictivo de “Contrato de Mutuo”, fuerza concluir que el leasing financiero no figuraría una operación de tal naturaleza. Pero si dicho termino de “Crédito” le reconocemos su real función económica de “financiación”, efectivamente el leasing financiero, como lo resalta la Corte Suprema de Justicia permite el acceso indirecto al crédito por conducto, en este caso, de las compañías de financiamiento comercial especializada en este tipo de negocio” (...) y en ese sentido, estimamos que la disposición de recursos destinados a la adquisición de bienes que serán objeto del contrato de leasing financiero hace parte de la estructura jurídica de financiación que se otorga al arrendatario aunque, se insiste, no bajo la estructura de un contrato de mutuo*⁶⁹.

⁶⁷ VIDAL BLANCO, Carlos. Estudio Económico, Sociedades de Leasing. Editorial Ministerio de Hacienda. Madrid pág. 217.

⁶⁸ Óp. cit. ARRUBLA PAUCAR, pág. 147.

⁶⁹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Concepto Financiero Numero: 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012.

El contrato de leasing automotor, si bien por un lado, puede representar esa función económica de financiamiento y obtención de lucro por parte del bien cuando el arrendatario sea un empresario del sector automotor (por ejemplo una transportadora), no siempre se cumple con dicha función económica, situación que ya ha sido apreciada por la doctrina: *“a pesar de ser esta la concepción económica del leasing, veremos como en muchos casos, también llamados leasing, por ejemplo de automóviles y otros aparatos de consumo, si bien se utiliza la forma jurídica no se cumple la finalidad económica que ofrece la operación”*.⁷⁰

Otra parte de la doctrina nos presenta los motivos por los cuales muchas veces, no se cumple con dicha función económica:

*“(…) encontramos que en Colombia, se está pasando por alto la naturaleza económica, ya que la gran mayoría de los contratos celebrados, a pesar de utilizar los mismos elementos jurídicos, no cumplen con la mencionada función económica, en especial lo acaecido con automotores ya que se adquieren bajo esta modalidad de crédito, vehículos que no están destinados a producir algún tipo de rendimiento, sino que por el contrario el único fin buscado es el de evadir cargas fiscales o que el bien no sea embargado por alguna acreencia a cargo del deudor.”*⁷¹ (Ya que la Leasing nunca pierde la titularidad del derecho de dominio.).

Es indispensable tener en cuenta que el leasing financiero automotor, por excelencia es acogido en el sector empresarial, especialmente el de transporte, ya sea de carga o de pasajeros, con la finalidad de entregar mediante esta figura grandes flotas de automotores altamente costosas, o adquirir automotores que por su estructura o utilidad, son altamente onerosos, y que una persona particular que devenga un salario promedio en Colombia, no tendría la capacidad de adquirir.

⁷⁰ Óp. cit. ARRUBLA PAUCAR, pág. 147.

⁷¹ DURAN BOHORQUEZ, Edwin Giovanni. El contrato de Leasing Financiero en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana. Trabajo de Grado. 2004.

No obstante, cabe traer a colación que la posibilidad de utilizar automotores entregados en leasing para el servicio de transporte público fue objeto de debate constitucional, toda vez que la Ley 336 de 1996 *“Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte”*, en el inciso 2º del artículo 5º consagra: *“Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente estatuto”*; sin embargo, la Corte Constitucional, zanjó el debate en el año 2014⁷², al declarar su exequibilidad, adujo que si bien con dicha norma el legislador buscó *“evitar la proliferación de modalidades informales de transporte que atenten no solo contra la seguridad de los usuarios, sino de la comunidad en general, salvaguardando así derechos y valores de raigambre constitucional que pueden verse en peligro, directamente relacionados con la vida e integridad de las personas”*⁷³, la misma norma no impide la celebración del aludido contrato, máxime *“cuando los particulares deben acudir a esas formas contractuales ante la imposibilidad de acceder a empresas de servicios públicos en eventos como la falta de operatividad del Estado o de concesiones que lo permitan”*⁷⁴.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que mediante el leasing automotor se puede financiar vehículos nuevos o usados, siempre y cuando, por regla general, estos no tengan una antigüedad superior a los cinco años, negocio jurídico financiero este que implica poner a circular mediante leasing, un automotor que puede generar más riesgo que uno nuevo⁷⁵.

⁷² Por medio acción pública de inconstitucionalidad, se demanda la inconstitucionalidad de dicha norma toda vez que atenta contra la (i) el régimen de los servicios públicos esenciales, (ii) la libertad de locomoción, (iii) la libertad económica o la iniciativa privada, y/o (iv) la protección de garantías y derechos fundamentales como la dignidad humana, el trabajo y el debido proceso. (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad No. 033 de 2014).

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Dicha concepción se entiende en la medida en que se tiene en cuenta que, la industria automotriz, sin duda alguna es un sector económico que se caracteriza por ser vanguardista, siempre está a la punta de nuevos avances en seguridad automotriz, no obstante ello, por la estructura funcional de los mismos, y la naturaleza de permitir propulsionar grandes velocidades y/o multiplicar la fuerza que un hombre común no tendría,

Por último, debemos anotar que gran parte de la doctrina nos enseña a mirar el contrato de leasing como un contrato financiero, que principalmente beneficia al locatario, sin embargo, cabe acotar, que al ser un contrato comercial considerablemente oneroso, todas las partes tienen un interés económico, en efecto, la leasing, también obtiene su provecho económico directo de dicha negociación, más aún cuando es titular del dominio del automotor y por esta circunstancia y por su naturaleza económica, se constituye en la parte dominante de la relación negocial.

2.1.5 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE LEASING AUTOMOTOR

Teniendo en cuenta la clasificación de los contratos establecida en el Código Civil, desde el artículo 1496 hasta el 1500, así como algunas posturas doctrinarias, atendiendo a su naturaleza, se pueden establecer, entre otras, las siguientes:

✓ **Oneroso:** tiene una utilidad o beneficio económico para ambos contratantes, por un lado, los rendimientos económicos que genera la financiación del automotor a favor de la sociedad de leasing: “(...) el precio que se pagó por ella en el primero responde a criterios económicos que, en parte, difieren de los que determinan el monto de la renta por ejemplo: la amortización de la inversión y los rendimientos del capital.”⁷⁶, y por otro, el locatario busca provecho a partir de la explotación con el uso del automotor; ello obedece a que las partes dentro de un negocio jurídico comercial, siempre buscan u obtienen un provecho económico.

implican un riesgo por más cuidado y diligencia que se tenga en desarrollo de la actividad de conducción, lo implica considerar que entre más uso tenga el automotor, al ser un bien fungible, el riesgo puede presentarse con mayor facilidad.

⁷⁶ La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, Sentencia de 22 de marzo de 2000, Expediente No. 5335. La cita atañe a la onerosidad del contrato devenida específicamente en los cánones de arrendamiento que debe pagar el locatario, cuando ha recibido un bien en leasing.

✓ **Contrato bilateral con obligaciones trilaterales:** el contrato de leasing automotor por regla general lo suscriben únicamente la sociedad de leasing y el locatario, dentro de la cual, se generan las obligaciones recíprocas como la de adquirir el automotor y entregar su uso, en contraprestación a la de pagar los cánones; sin embargo, en virtud de las cláusulas pactadas y la imposibilidad de la leasing de ejercer un objeto comercial diferente al financiero⁷⁷ (como el del mantenimiento del automotor, delegado al locatario) el locatario se subroga en todas las acciones frente al proveedor del automotor, lo que implica que en presencia de vicios o mal funcionamiento del automotor debe reclamar directamente al proveedor o fabricante, lo que envuelve una configuración tripartita⁷⁸. Lo anterior no impide que el proveedor, en caso determinado, suscriba el contrato.

Sin embargo, puede suceder que el leasing automotor se presente bajo la modalidad de *retro leasing*, esto es, el mismo locatario es el proveedor del automotor, en este caso estamos frente a un contrato de carácter bilateral.

✓ **Conmutativo y consensual:** Las partes conocen desde que se celebra el contrato cuál es la naturaleza y alcance de la reciprocidad económica de sus prestaciones, además, se entiende perfeccionado con la mera voluntad de aquellas sin necesidad de solemnidad.

✓ **Contrato de adhesión:** Es un contrato que por excelencia se oferta mediante formularios impresos. El contrato de arrendamiento financiero de automotores se presenta de esta manera, de tal modo que queda perfeccionado con la aceptación

⁷⁷ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - EOSF, Decreto 663 de 1993, establece que las entidades adscritas al sistema financiero colombiano, no podrán desarrollar un objeto diferente al financiero.

⁷⁸ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 2002, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, Exp. No. 6462, al respecto nos dice: “si bien es cierto el contrato de Leasing es bilateral, no lo es menos que “su configuración total es tripartita”, puesto que intervienen tres partes: El arrendador o propietario, el arrendatario y el proveedor, “con vínculos jurídicos independientes”(…).

por parte del locatario de todas las estipulaciones fijadas por la sociedad de leasing. Nada impide, sin embargo, que en el caso de que las circunstancias así lo permitan se dé una discusión previa de todas y cada una de las cláusulas del contrato de arrendamiento financiero y que éstas puedan variarse, esto, en virtud de la autonomía y el equilibrio negocial de las partes.

✓ **Principal y autónomo:** Subsiste por sí solo, sin necesidad de otras convenciones o contratos previos de los cuales derive su existencia.

✓ **De tracto sucesivo:** Es un contrato en el que las obligaciones se ejecutan en el transcurso de la vigencia del mismo, principalmente la obligación de pagar los cánones de arrendamiento del automotor por parte del locatario, y en cuanto a la opción de compra, ésta, permanece latente hasta el momento de su ejercicio, es decir, al final del plazo.

✓ **Atípico - Nominado:** No se encuentra reglamentado en la legislación civil ni comercial de forma especial y unificada, como si ocurre con otras tipologías contractuales clásicas como el arrendamiento o la compraventa, sin perjuicio de que existan normas que lo nominen y lo regulen de forma precaria.

✓ **De naturaleza mercantil:** Si bien el locatario puede o no ser un comerciante, la compañía de leasing es, por su naturaleza, una sociedad comercial, con tal suerte que el contrato se enlista en un negocio mercantil, tal como lo prescribe el artículo 22 del Código de Comercio. Por consiguiente, su régimen jurídico aplicable será el que corresponda a las normas del Código de Comercio y demás disposiciones especiales.

✓ **Su objeto contractual entraña el desarrollo de una actividad peligrosa lícita:** Como se aprecia a lo largo de este estudio, la actividad del automotor

objeto del contrato, representa un peligro social, puesto que genera un riesgo a partir de su explotación o funcionamiento, sin embargo, dicha actividad es lícita.

2.2. ELEMENTOS PARA LA FORMACIÓN Y VALIDEZ DEL CONTRATO

2.2.1 LOS SUJETOS CONTRACTUALES

Las partes son fundamentalmente dos: La sociedad de leasing (también llamada locadora o dadora) y el locatario (también llamado tomador o usuario). Adicionalmente, suelen intervenir, sin que sean partes necesarias del contrato, el proveedor y los garantes.

2.2.1.1 LA SOCIEDAD DE LEASING

Las sociedades de leasing son sociedades comerciales que contemplan la realización de operaciones de leasing o arrendamiento financiero en su objeto social. Por su parte, el Decreto 3039 de 1989 que regula su constitución, organización y funcionamiento, establece su vigilancia y control por el Estado, a través de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

Entre las obligaciones contractuales, por defecto, que tiene la sociedad de leasing tenemos, entre otras: **(i)** adquirir la propiedad del automotor a través del proveedor, **(ii)** entregar el automotor(es) en arrendamiento financiero, **(iii)** pagar los impuestos que como propietario tiene ante el Estado, **(iv)** garantizar el goce del bien al locatario del automotor, **(v)** ofrecer consejo y asesoría al locatario, esencialmente en la etapa precontractual.

2.2.1.2 EL LOCATARIO

Es el beneficiario de esta operación, ya sea persona jurídica o natural - comerciante o no -, quien adquiere la tenencia del automotor y el derecho a su uso. Entre las obligaciones contractuales que tiene el locatario, tenemos: **(i)** pagar los cánones o renta del leasing automotor, **(ii)** dar al automotor el uso adecuado y lícito **(iii)** conservar debidamente el automotor, **(iv)** asumir las obligaciones y derechos desplazables (reclamaciones directas ante el proveedor por defectos del automotor), **(v)** obligación de restituir el automotor en leasing al finalizar el contrato, siempre y cuando no haga uso de la opción de compra.

2.1.2.3 EL PROVEEDOR

El proveedor es el vendedor del automotor que se compra por parte de la leasing, de acuerdo con las instrucciones expresas del locatario. Frente al proveedor se dice por la doctrina:

“Este tiene una participación marginal, por lo menos en relación con el contrato en su forma más típica que es la de leasing financiero, sin embargo, debe admitirse que en algunas ocasiones toma la iniciativa de hacer contactos con el cliente y la sociedad de leasing a manera de promoción o de representación viable de la venta que propone o puede verse vinculado al contrato si lo suscribe y se obliga en lugar del arrendador a entregar el bien, garantizar su funcionamiento, efectuar las reparaciones a que se haya lugar etc., como es cada vez más usual”⁷⁹.

2.2.2 REQUISITOS GENERALES PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO

2.2.2.1 LA CAPACIDAD

Con relación a la sociedad leasing, ésta sólo puede ser una entidad adscrita al sistema financiero (compañías de financiamiento comercial o bancos, autorizadas por la Superintendencia Financiera), como se trata de una persona jurídica la

⁷⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Òp. Cit., pág. 686.

misma debe estar legalmente constituida y obrar a través de su representante legal, quien debe ser persona igualmente capaz.

En cuanto al locatario, si se trata de una persona jurídica, debe cumplir las características antes señaladas para éstas y si es una persona natural, tener capacidad de goce.

2.2.2.2 EL CONSENTIMIENTO

Tratándose de un contrato de carácter consensual, se perfecciona con el simple consentimiento de los sujetos negociales⁸⁰, cuando la sociedad de leasing acepta y compra el automotor, y a su vez consiente su entrega en arrendamiento al locatario. La voluntad negocial debe recaer sobre los siguientes elementos fundamentales: **(i)** el automotor entregado en leasing, **(ii)** el precio y valor de los cánones de arrendamiento, **(iii)** término de duración del contrato⁸¹ y **(iv)** la opción de compra a favor del usuario.

Como elemento esencial de todo negocio jurídico, es claro que el consentimiento debe estar exento de error, fuerza o dolo⁸².

2.2.2.3 OBJETO Y CAUSA LÍCITA

El objeto del contrato se traduce en el contenido propio de la convención, en este caso se trata de un automotor; el automotor debe existir al momento de la celebración del contrato; el automotor debe obedecer a características como ser

⁸⁰ El código Civil en su artículo 1500 establece la clasificación de los siguientes contratos: real, solemne y consensual. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es *consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento*.

⁸¹ La duración del contrato de leasing está estrechamente relacionada a la capacidad operativa del locatario o al tiempo que se requiere para amortizar el precio del automotor; de tal manera que si se ejercita la opción de compra, se realice por un valor residual y no el comercial.

⁸² Cfr. Código Civil, artículo 1508.

útil, determinado y lícito, sobre esta última condición, el objeto es ilícito cuando por ejemplo el automotor se halle gravado con la medida cautelar de embargo, pues son bienes que se encuentran por fuera del comercio y del tráfico jurídico; de igual forma, es de anotar que el automotor no puede destinarse en el acuerdo a una actividad prohibida por razones de orden público y las buenas costumbres, ello, sin duda alguna, constituye la ilicitud en la causa contratada, *vr. gr.*, para el transporte de contrabando o de estupefacientes.

2.3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

De acuerdo a la estructura jurídica de este negocio, son de su esencia y formación, los siguientes:

2.3.1 EL PRECIO

Partiendo de la onerosidad del contrato de leasing, del cual emerge un beneficio o provecho económico para ambos contratantes, el precio se constituye en la contraprestación que recibe la leasing con ocasión de la entrega del automotor de su propiedad al locatario; al ser este un elemento esencial, si no se estipula, no existe el contrato de leasing automotor. Al respecto, la doctrina lo ha concebido de la siguiente forma:

(...) el precio del leasing debe fijarse al realizar el contrato y corresponde a la contraprestación propia del arrendamiento por la utilización del bien, aunado con otros conceptos como son la amortización por el precio de adquisición por parte de la sociedad Leasing, los intereses que debe producir el capital invertido por la dadora al adquirir el bien, los rendimientos ordinarios y costos que debe tener la sociedad dadora respecto del bien, entre otros.⁸³

2.3.2 EL PLAZO

⁸³ Cfr. CHAVEZ HECHEVERRY, Óp. Cit. Pág. 21.

El plazo corresponde al término dentro del cual las partes convienen la amortización del valor del bien por instalamentos. El Decreto 013 de 1993 consagra que el plazo debe ser determinado, y a su vez, obedeciendo la dinámica comercial del contrato de leasing, dicho plazo corresponde también al tiempo en que el locatario, en tal calidad, pueda hacer uso del automotor que no puede ser superior a la vida útil del mismo.

Por otra parte, dicho plazo enmarca temporalmente el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, así mismo, de la expiración de este, emerge *ipso iure* el ejercicio de la opción de compra, circunstancias todas, sin las cuales no nace el contrato, de allí su carácter esencial.

2.3.3 LA OPCIÓN DE COMPRA

De entrada debe precisarse, que la opción de compra no se puede concebir como una obligación indeclinable de adquisición del bien por parte del locatario, pues la regla general, aún en vigencia y tracto ejecutivo del contrato, es que la titularidad del bien esté en cabeza de la leasing⁸⁴. Por consiguiente, la opción de compra deviene en una facultad dispositiva y comercial del locatario, dependiendo de las circunstancias económicas, obviamente de mercado, y del estado del bien al momento de decidirse la opción.

Ahora bien, en caso de ejercerse la opción de compra por parte del locatario, debe enfatizarse que el precio de la adquisición no corresponderá al precio comercial del bien, sino a un precio residual, ello obedece a que el locatario, de forma anticipada, ha venido amortizando el precio del automotor de forma

⁸⁴ Esto tiene su fundamento en los beneficios tributarios que obtiene el locatario, en la medida en que puede descontar de su declaración de renta, la renta del bien entregado leasing, ello, siempre y cuando la opción de compra tenga el carácter de irrevocable para la propietaria leasing.

periódica y durante la duración del contrato, junto a los rendimientos financieros de forma compuesta en el canon.

Sobre el tema la doctrina ha dicho: *“En el Derecho Colombiano la opción constituye un elemento esencial del Leasing, merced a la cual la empresa de leasing se obliga a transferirle al cliente usuario la propiedad del bien objeto del negocio, al vencimiento del término estipulado para la duración del mismo, previo el pago del denominado precio residual”*⁸⁵.

De igual manera, el Dr. CÁRDENAS, nos ilustra acerca de las características de esta opción:

(...) De suerte que, como quiera que el leasing sea un negocio jurídico de tracto sucesivo, el ejercicio de la opción debe hacerse al final del periodo.

En todo caso, en una operación de leasing – cualquiera que sea su objeto - el ejercicio de la opción de adquisición implica para el cliente usuario tres alternativas, a saber:

- a) Adquirir el bien por su valor residual o uno aproximado.
- b) Restituir el bien objeto del negocio, y
- c) Renovar el contrato en condiciones distinta de las inicialmente estipuladas, toda vez que el bien objeto del mismo ya ha sido depreciado total o parcialmente, vale decir, la empresa de leasing ya amortizó su costo por lo menos parcialmente”.

Por todo lo demás, la opción de compra puede ser ejercida por el usuario y sus sucesores y, por vía subrogatoria, por sus acreedores”⁸⁶.

De lo anterior, frente al derecho de opción de adquisición o de compra que tiene el locatario, han de extraerse las siguientes reglas: **(i)** La opción de compra constituye un elemento esencial del leasing, **(ii)** sólo es posible ejercerlo al término del contrato, **(iii)** pueden pactarse de forma anticipada el valor y las condiciones

⁸⁵ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo, *El Leasing Habitacional, la opción de adquisición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003,2006, p. 100.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 100 - 102.

del derecho de adquisición o compra, **(iv)** el locatario o usuario, tendrá tres alternativas frente al derecho de opción: **1.** Adquirir el automotor por su valor residual o uno aproximado. **2.** Restituir el automotor objeto del negocio **3.** Renovar el contrato en condiciones distintas de las inicialmente estipuladas, **(v)** al ser facultativa, no siempre el locatario tiene la intención indeclinable de adquirir el automotor como sucedería en la promesa de venta, y **(vi)** la opción puede ser ejercida por el locatario, sus sucesores y sus acreedores.

No sucede lo propio, para la sociedad leasing, en tanto que para ésta, una vez el locatario la ha ejercido positivamente, resulta vinculante, es decir, irrevocable, pues la leasing, por efecto normativo del contrato, quedará, en tal caso, siempre obligada a transferir el derecho real de dominio del automotor.

Por último, sobre la opción de compra la doctrina ha sostenido que debe ser irrevocable:

“La opción en referencia deberá consagrarse en el contrato en términos que quien la otorga se comprometa a esperar la aceptación o rechazo en el plazo que se determine en la misma, lo que implica que es irrevocable, ya que se deberá mantener, permitiendo entonces ser acogida o aceptada por el arrendatario, al término del contrato de arrendamiento, dentro del plazo que se fije para tal efecto”⁸⁷.

⁸⁷ ORTUZAR SOLAR, Antonio, “*El Contrato de Leasing*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág. 47.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

La dinámica económica, cultural, social y política de la sociedad moderna, insertada en un proceso de creciente globalización y de mayor interrelación nacional y transnacional, permeada por los mercados cada vez más competitivos, ha generado en el ámbito del negocio jurídico nuevas y más flexibles formas de contratación, entre ellas, el contrato objeto de este estudio, por el que principalmente se adquieren automotores onerosos.

Sin duda, ello también ha conllevado a una expansión, si se quiere incontenible, de la actividad automotriz terrestre, generando y acrecentando los riesgos propios que dicha actividad peligrosa conlleva, a la par que igualmente crece la inseguridad tanto material como jurídica de las posibles víctimas de la circulación automovilística.

El contrato leasing automotor como toda convención, ha de reunir los requisitos generales para su validez, pero además, como elementos esenciales para su nacimiento a la vida jurídica y su formación, reclama la existencia del objeto especial del contrato - el automotor -; el precio, representado en el canon de arrendamiento, obligación fundamental a cargo del locatario; la prestación de uso y goce (tenencia) como derecho contractual y legal de este y, la opción de compra como característica y elemento esencial de este contrato.

En el concierto nacional colombiano no existe una reglamentación integral de los efectos y contingencias que emergen de esta clase de convención y tampoco la existe con relación a los terceros que de una u otra manera puedan resultar afectados, de allí que se predique su atipicidad.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR ENTREGADO EN LEASING EN EL RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

❖ INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

El presente acápite de la investigación, tendrá como objetivo, exponer y establecer en el régimen colombiano, partiendo previamente del estudio de la responsabilidad civil extracontractual, de los criterios de imputación; para luego adentrarnos en la función de la responsabilidad civil frente a los daños ocasionados en un accidente automotor, entendida ésta como una especie de la responsabilidad derivada del ejercicio de las actividades peligrosas y, en ese contexto, exponer la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia atinente a la responsabilidad civil extracontractual de la propietaria del automotor leasing, y por último, estudiar dicha responsabilidad en el escenario internacional.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Nuestro Código Civil consagra la tradicional distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual; a diferencia de la responsabilidad contractual, cuyo origen es el daño causado por el incumplimiento de obligaciones dentro de un contrato ya sea por cumplimiento moroso o defectuoso; la extracontractual *“en su sentido jurídico más pleno siempre implica la obligación de reparar el daño causado a otra persona, sin que medie relación contractual entre ambos”*⁸⁸; en ese sentido, la responsabilidad extracontractual tiene *“un campo de aplicación más amplio que el de la contractual, pues comprende las demás fuentes de las obligaciones (delito, cuasidelito y la ley, etc.;C.C., art. 1494)”*⁸⁹.

⁸⁸ VELAZQUES POSADA, Obdulio. *“Responsabilidad Civil Extracontractual”*, Universidad de la Sabana, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009. Pág. 12.

⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 13.

El tratadista y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, TAMAYO JARAMILLO define la responsabilidad civil extracontractual de la siguiente forma: *“en general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica (...)”*⁹⁰.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sostiene sobre el tema que,

*“los dos tipos de responsabilidad en cuestión, (...) en la tarea de distinguirlos e imprimirles el correspondiente tratamiento jurídico siempre habrá de tenerse en cuenta que la responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios”*⁹¹

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, ha establecido que:

“En el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se

⁹⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Legis, 2010, pág. 8.

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. G.J. T.LXI, pág. 770

*originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes*⁹².

No obstante, la doctrina al igual que la Corte Suprema de Justicia, han considerado que si bien la distinción ofrece una importancia en la práctica judicial, también son conscientes de que existe una fuerte tendencia doctrinal a unificar los tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual, pues las dos persiguen un mismo fin, cual es la de reparar el daño, al respecto se ha dicho que:

*“Existen corrientes doctrinarias que claman por la unificación (tesis de la unidad) de una teoría de la responsabilidad civil, al considerar que se trata de una dicotomía inaceptable como quiera que las dos responsabilidades comparten función y características básicas, y se orientan a un mismo objeto consistente en la reparación del daño causado, sin importar mucho que este resulte o no de la inejecución de una obligación contractual.”*⁹³

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia se ratifica en la teoría dualista de la responsabilidad civil, ello con fundamento en el Código Civil, estatuto que consagró dicha distinción. Con base en lo anterior es dable aducir que cuando se ocasionan daños a terceros con el automotor leasing, la responsabilidad a la que se vería enfrentada la propietaria leasing, se circunscribe en el campo de la extracontractual.

2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Delanteramente y a efectos del desarrollo de la presente investigación, resulta necesario distinguir que frente a los criterios de atribución del daño, para algunos,

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 1008 del año 2010, Magistrado Ponente: Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁹³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de la Obligaciones*, 6^a ed., Temis, Bogotá, 1998, pp. 85 y ss.

llamados criterios de atribución de la responsabilidad, surge un criterio tradicional fundado en el aspecto subjetivo (culpa) del agente productor del evento dañoso y otro objetivo, que se abre paso sin consideración al aspecto subjetivo y se funda, ante todo, en el riesgo inherente de las cosas o de la actividad que producen el daño, es decir, que este aspecto resulta totalmente externo a la persona que lo causa, tal cual se estudiará en el capítulo tercero.

En efecto, “cuando se exige que en la conducta haya existido dolo o al menos culpa (negligencia, impericia e imprudencia), sea probándola o acudiendo a las presunciones legales, estamos frente a la llamada responsabilidad subjetiva. Si no es necesario ningún tipo de dolo o culpa se denomina (...) objetiva”⁹⁴(Paréntesis por fuera del original).

1. FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN UN ACCIDENTE AUTOMOTOR

La consecuencia jurídica del accidente es la responsabilidad de quien lo ha causado; con ocasión de un accidente automotor se pueden ver afectados personas, bienes de una persona e incluso animales⁹⁵.

La palabra responsabilidad proviene del latín *responsum*, que es una forma de ser considerado sujeto de una deuda u obligación, por lo tanto, en el escenario de la responsabilidad civil, el concepto, sin duda, conlleva la búsqueda de un “sujeto responsable” y la atribución a él del correspondiente daño.

Por ello el daño se ha considerado como el elemento *sine qua non* de la responsabilidad civil, que afecta y menoscaba la esfera patrimonial de la víctima,

⁹⁴ Ibidem. Pág. 14.

⁹⁵ Nosotros sostenemos que a partir de la novedosa ley 1774 de 2016, en la que se deja a un lado la concepción de “bienes muebles”, y se les reconoce la calidad “de seres sintientes” en la ley civil, podría avizorarse una jurisprudencia reparadora de dichas víctimas, a partir de su neo-condición, inmersos en este Estado Social de Derecho.

generando su función resarcitoria a través de una reparación integral, que pretende, en principio, poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del evento dañoso.

Se reitera, que siendo esa la finalidad de la responsabilidad civil, es claro que es la indemnización y la reparación del daño lo que caracteriza su función, ésta no debe entenderse como una sanción al ilícito civil y menos a la conducta del agente activo del daño, al menos, como se apreciará en el capítulo tercero de este trabajo, en nuestro derecho patrio, no se han tipificado en el ámbito de la responsabilidad civil y tampoco en la derivada por el ejercicio de las actividades peligrosas – conducción de automotores - los daños punitivos, como si ocurre en algunos países del *comon law*; tampoco en el régimen colombiano, la responsabilidad tiene carácter preventivo, como si ocurre en otros países donde impera la tutela civil inhibitoria⁹⁶.

2. RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD PELIGROSA DE CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES

Según el Código Civil, en su artículo 2341 y siguientes, de acuerdo al origen del daño, regula las distintas formas de responsabilidad civil extracontractual: Por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno, la derivada de las cosas inanimadas y, a partir del art. 2356, por vía jurisprudencial, se ha estructurado la responsabilidad derivada del ejercicio de las actividades peligrosas, frente a la cual se enfatizará, como quiera que en dicho escenario surge el aspecto medular

⁹⁶ Sobre la tutela civil inhibitoria la doctrina de los países que la han acogido manifiesta: “*La cuestión de la tutela inhibitoria se vincula básicamente con la salvaguarda y protección de los derechos, e involucra la construcción de un procedimiento autónomo capaz de garantizar la prestación de una tutela susceptible de inhibir la práctica, la repetición o la continuación del evento dañoso; en este sentido, se ha dicho que la tutela sustancial inhibitoria tiene como objeto directo la prevención del daño mediante una orden para impedir que se cause, en caso de amenaza de lesión, o bien, para que cese su producción, si la actividad no se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración. (...) Inhibir equivale a prohibir, suspender, estorbar hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura*” (LEIVA, Claudio Fabricio, “*La denominada tutela sustancial inhibitoria contra daños*”, 2016. Disponible en: <http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/la-denominada-tutela-sustancial-inhibitoria-contra-danos/20816/>).

de esta investigación. Frente a dicha clasificación, la Corte Suprema de Justicia nos dice que:

“En ese contexto, el referido título puede dividirse en tres grupos: i) el primero, conformado por los artículos 2341 y 2345 que contiene los principios generales de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas generados por el hecho propio; ii) el segundo, constituido por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo concerniente a esa responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y el tercero, que corresponde a los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, concerniente a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas”⁹⁷.

La jurisprudencia Colombiana, ha desarrollado la responsabilidad por actividades peligrosas a partir del artículo 2356 del Código Civil, en consecuencia debe entenderse conforme a la jurisprudencia de la Corte: *“Todo aquel que cause un daño en el ejercicio de una actividad peligrosa, está obligado a indemnizar a la víctima a menos que establezca una causa extraña”*⁹⁸.

Frente al concepto de *actividad peligrosa* la doctrina y la jurisprudencia nos han referido que son aquellas *“(...) cosas o energías o actividades con un alto riesgo de generar daños a terceros, tales como las que se relacionan con vehículos, ferrocarriles, energía eléctrica, atómica, etc.”*⁹⁹.

Igualmente la definen como:

“(...) peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada su estructura o su comportamiento¹⁰⁰ generan más probabilidades de daño de las que normalmente está

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de Diciembre de 2012. Exp. 2006-00094. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

⁹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. Pág. 37.

⁹⁹ VELAZQUES POSADA, Obdulio. Óp. Cit. Pág. 88.

¹⁰⁰ Para TAMAYO JARAMILLO, partiendo de lo que establece este autor, la responsabilidad desplegada por su estructura de un automotor, es la ocasionada por la explosión del mismo, es decir a partir de su inercia; y la del comportamiento, es la desplegada a partir de la conducción normal del automotor, pero pueden

en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicidad de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o la capacidad de destrozo que tienen sus elementos”¹⁰¹

En ese contexto, tradicionalmente para la Corte Suprema de Justicia, “(...) la conducción de automotores ha sido calificada por la jurisprudencia inalterada de esta Corte como actividad peligrosa, o sea, aquélla que “aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños”¹⁰², “considerada su aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra”¹⁰³, “su apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño”¹⁰⁴, o la que “debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra”¹⁰⁵

Por su parte nuestra Corte Constitucional sostiene que:

“La actividad de conducir vehículos automotores, ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como por la especializada en la materia, una actividad peligrosa “que coloca per se a la comunidad ante inminente peligro de recibir lesión”. Cuando con este tipo de actividades se causa un daño es posible reclamar la indemnización o reparación del mismo a través del proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual”¹⁰⁶.

presentarse casos en los que convergen los dos eventos, es decir, que a partir de la conducción normal explote, y en todas estas situaciones es muy probable la afectación a terceros.

¹⁰¹ TAMAYO JARAMILLO, Óp. cit. Tomo I, Pág. 935.

¹⁰² G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504.

¹⁰³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 23 de 2001, Exp. 6315.

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia 22 de febrero de 1995, Exp. 4345.

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de junio de 2008 Referencia: SC-052-2008. Exp. 47001- 3103-003-2005-00611-01).

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela No. 609 de 2014, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Agrega y enfatiza la Corte Constitucional, en reiterados fallos “*el carácter riesgoso del tránsito vehicular, los riesgos importantes del transporte terrestre, la regulación rigurosa del tráfico automotor*”¹⁰⁷, “*la particular actividad de peligro del tránsito automotriz rodeado de riesgos por representar una causa importante de mortalidad y de daños en las sociedades modernas*”.¹⁰⁸

Esa potencialidad de causar daño con la conducción de automotores es de tal entidad, que doctrina y jurisprudencia han señalado:

“De este modo, (...) en la utilización de vehículos automotores se está rompiendo el equilibrio de fuerzas no solo entre el automotor y la víctima sino, también entre el primero y su responsable. En realidad por más que el conductor cumpla con todas las normas de seguridad, habrá un momento en que la velocidad y fuerza del vehículo sean superiores a la capacidad defensiva de la víctima o a la capacidad del conductor para evitar el daño. A diario vemos como un conductor que aplica los frenos de su vehículo no puede evitar el daño. Esto prueba que ni la víctima ni el conductor estaban en la capacidad de dominar una fuerza que les era superior. (...)”¹⁰⁹.

Relativo al carácter riesgoso del tránsito vehicular la Corte Constitucional al confrontar con el texto Superior algunas disposiciones de la Ley 769 de 2002, por medio de la cual se expidió el Código Nacional de Tránsito Terrestre, señaló:

“El tránsito automotor es una actividad que es trascendental en las sociedades contemporáneas pues juega un papel muy importante en el desarrollo social y económico, y en la realización de los derechos fundamentales. Por ejemplo, la libertad de movimiento y circulación (CP art. 24) se encuentra ligada al transporte automotor, y el desarrollo económico depende también, en gran medida, de la existencia de medios adecuados de transporte terrestre. Sin embargo, la actividad transportadora terrestre implica también riesgos importantes, por cuanto los adelantos

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 523 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela No. 258 de 1996, Sentencias de Constitucionalidad No. 309 de 1997 y 066 de 1999.

¹⁰⁹ Óp. Cit. TAMAYO JARAMILLO, Tomo I, pág. 942,943.

técnicos permiten que los desplazamientos se realicen a velocidades importantes, con vehículos que son potentes y pueden afectar gravemente la integridad de las personas. Por todo lo anterior, ‘resulta indispensable no sólo potenciar la eficacia de los modos de transporte sino garantizar su seguridad’¹¹⁰, lo cual supone una regulación rigurosa del tráfico automotor. Ha dicho al respecto esta Corporación:

‘El tránsito automotriz está rodeado de riesgos. No en vano se ha establecido que la conducción de vehículos constituye una actividad de peligro. Asimismo, los accidentes de tránsito representan una causa importante de mortalidad y de daños en las sociedades modernas. Por consiguiente, el Estado tiene la obligación de regular la circulación por las carreteras, de manera tal que se pueda garantizar, en la medida de lo posible, un tránsito libre de peligros, que no genere riesgos para la vida e integridad de las personas’¹¹¹(Cursivas en original)

Todo ese parque automotor rodante en Colombia, incluido el de leasing, conlleva igual potencialidad de riesgo, dicho de otra manera, el incremento de automotores es directamente proporcional al incremento del riesgo creado a la sociedad; y su impacto en la producción de daños a las personas es enorme; para ilustrar y resaltar de mejor forma esta situación, la doctrina en el año 2006 resaltó lo siguiente:

“La gravedad de lo que vive la sociedad colombiana en materia de accidentes de tránsito, bien podemos compararla con una dolorosa situación doméstica. Hace un poco más de 20 años, -con mayor precisión, el 13 de noviembre de 1985, nuestro país, y el mundo fueron testigos del desastre de Armero, en el que murieron 25.000 personas y quedaron 20.611 damnificados y heridos, para un doloroso total de 45.611 víctimas directas. Fue un desangre masivo inmediato causado por una catástrofe de la naturaleza, frente a la cual no es del caso acudir a las discusiones y reflexiones retrospectivas sobre el manejo de sus antecedentes, su adecuada previsión y la calidad y oportunidad de la intervención que se hizo en su oportunidad. (...) **Frente a ese hito, considerado la mayor tragedia colectiva en nuestro país, el Instituto**

¹¹⁰ Ver, entre otras, la sentencia C-066 de 1999. MP Alfredo Beltrán Sierra y Fabio Morón Díaz. Fundamento 4.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia de Constitucionalidad No. 593 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Nacional de Medicina Legal reporta que en los diez años que se extienden de 1995 a 2004, fallecieron 67.410 personas en accidentes de tránsito, lo que permite decir que, frente a ambos referentes, padecemos un desangre colectivo por la accidentalidad del tránsito que proviene de una hemorragia interna y gota a gota del cuerpo social, que no solo termina todavía sino que tiende agudizarse.”¹¹² (Negritas nuestras)

Sin duda, hoy en día, este tipo de responsabilidad reviste total importancia en el derecho de daños, porque conlleva un impacto importante en las diferentes sociedades; al respecto TAMAYO JARAMILLO¹¹³, enseña que, “(...) *la responsabilidad civil por actividades peligrosas (...) terminó convirtiéndose en el pilar fundamental de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro país*”.

Situados dentro de este contexto, en Colombia, la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual originada por los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa, incluida la conducción de automotores, surge a partir del desarrollo jurisprudencial, lo que implica para el objeto de estudio, analizar la jurisprudencia de esta especie de responsabilidad, es decir, cuando la producción del daño es consecuencia de la actividad del automotor vinculado al contrato de leasing.

3. LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD LEASING FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS CON EL AUTOMOTOR DE SU PROPIEDAD

La línea que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, se funda en la premisa general de no responsabilidad de la sociedad de leasing, lo que genera en la sociedad colombiana un injustificado y

¹¹² LONDOÑO GONZALES, J Ernesto, “*Sociedad Conductores y Vehículos Riesgo Social y Responsabilidad Civil*”, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil hoy, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil, Revista No. 20 de 2006. Óp. cit., pág. 65.

¹¹³ Óp. Cit., Ibídem.

desigual tratamiento para las víctimas, agravado, en nuestro criterio, con la falta de coherencia, uniformidad e integración de la jurisprudencia que se expone a continuación.

Seguidamente, se relacionan y analizan algunas de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales comprometieron un mismo patrón fáctico, el cual se concreta en la existencia de un accidente de tránsito, cuyo automotor causante del daño, de propiedad de la sociedad de leasing, fue entregado a los locatarios en virtud del contrato, y la causación de perjuicios a terceros (víctimas).

5.1. SENTENCIA DEL 22 DE ABRIL DE 2002, EXPEDIENTE 006163¹¹⁴.

El patrón fáctico de la controversia en este caso se relaciona con la reclamación judicial a la sociedad de leasing y al conductor del vehículo, de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los familiares de una señora de 62 años de edad, quien quedó atrapada bajo los escombros de un muro derribado por un camión de propiedad de la leasing, habiendo sufrido la aludida señora, traumatismos en el cráneo y en diferentes partes del cuerpo que a la postre acabaron con su vida.

Frente a la entidad del daño, se afirmó que la fallecida, quien gozaba de buena salud, se dedicaba de manera independiente a la compraventa de lácteos, los cuales distribuía en el mismo barrio donde ocurrió el fatal accidente; a la cría o ceba de cerdos y a la avicultura, actividades con las cuales sostenía su hogar, ante la incapacidad para laborar de su compañero permanente. El fallecimiento de la precitada señora, dejó a siete hijos y a su compañero supérstite patrimonial y extrapatrimonialmente afectados, quienes según los hechos expuestos, dependían económicamente de la víctima.

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, *Sentencia del 22 de Abril de 2002*, Referencia: Expediente No. 6163. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

El Juez de primera instancia puso fin al debate mediante sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda; decisión que fue parcialmente revocada por el Juzgador de segunda instancia, quien declaró únicamente al conductor del automotor, como civilmente responsable de los daños y perjuicios extrapatrimoniales causados a los actores por la muerte de la mencionada causante.

La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación, impugnación que pretendía la vinculación solidaria de la leasing en la responsabilidad derivada del accidente y en su condición de propietaria del automotor.

La Corte, situada en la “teoría de la guarda de la actividad” y acogiendo los argumentos del juzgador *ad quem*, no casó la sentencia, sosteniendo que en virtud del contrato de leasing automotor, la guarda de la actividad así como el control efectivo y material del mismo, se trasladaban al locatario y que pese a ser la sociedad la propietaria del vehículo, ésta no la ejercía, siendo el argumento cardinal para exonerarla de cualquier responsabilidad:

(...) para liberar a la mencionada sociedad, no negó que el propietario de la cosa se presumiera su guardián y, por consiguiente, responsable de los perjuicios que con ella se causaren; tampoco desconoció que dicha empresa fuese su propietaria o, sino que entendió que por el mero hecho de haber entregado el automotor para que otro lo usase y explotase, su dueña había desplazado la custodia y control del mismo a un tercero (...).

(...) la señalada sociedad era la propietaria y poseedora del automotor; empero, como ya se ha visto, ese fallador desestimó los pedimentos de la demanda relativos a dicha demandada, no porque hubiese encontrado que no estaba probada en el proceso su calidad de dueña, sino porque entendió que al haber entregado ésta el vehículo a un

*tercero para que lo explotase económicamente, en cumplimiento de un contrato de leasing, había desplazado a otro la guarda del mismo (...)*¹¹⁵.

5.2. SENTENCIA DEL 29 DE JUNIO DE 2007, EXPEDIENTE No.1993-01518¹¹⁶.

Como consecuencia de un accidente de tránsito en el que resultó comprometido un autobús de propiedad de la sociedad leasing, falleció una persona a sus 37 años de edad. El vehículo había sido entregado en arrendamiento a una empresa de transportes y a otras personas naturales, los cuales conjuntamente figuraban como locatarios; ambas partes del contrato leasing, propietaria y empresa locataria (s), obraban como sujetos pasivos y solidarios de la acción civil.

Las víctimas fueron: la madre del causante, su cónyuge supérstite y sus dos hijos menores, quienes al momento del accidente dependían económicamente del causante, por lo que con su fallecimiento sufrieron perjuicios materiales y morales.

La sentencia de primera instancia condenó de forma solidaria a los demandados al pago de los perjuicios materiales y extrapatrimoniales, vinculando así a la sociedad de leasing en su condición de propietaria.

Apelada como fuera la sentencia, la misma fue revocada parcialmente al exonerar a la compañía de leasing de la condena y declarar la responsabilidad solidaria únicamente en cabeza de la sociedad transportadora, en su calidad de locataria, y al conductor del vehículo automotor.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de junio de 2007, Expediente: No.44001-3103-001-1993-01518-01. Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Los recurrentes en casación, empresa locataria y víctimas, no enfrentaron su impugnación respecto a la exoneración de la responsabilidad civil solidaria que había efectuado el Tribunal *ad quem*, su reclamo se centró respecto del *quantum* de las condenas, por lo tanto, la Corte, así se advierte de la sentencia y de sus motivaciones fundamentales, en la *ratio decidendi* del fallo no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el aspecto medular de la responsabilidad de la sociedad leasing y, únicamente a manera de *obiter dicta*, referenció el argumento del fallador de segunda instancia en los siguientes términos:

“(…) si bien xxx Leasing S.A. figuraba como propietaria del referido vehículo en la fecha en que ocurrió el accidente, “la referida sociedad carecía de poder de mando, dirección y control” en razón de la celebración de un contrato de leasing financiero, en cuya virtud la tenencia y guarda del automotor fueron transferidos a los arrendatarios, entre ellos, a la sociedad xxx S.A. (transportadora), quienes debían responder como guardianes del mismo, (…) lo que imponía excluir a la compañía de leasing como responsable del accidente.”¹¹⁷. (Paréntesis nuestros)

5.3. SENTENCIA DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 2010, CASACIÓN No. 34.819.¹¹⁸

La controversia que compromete la sentencia, versa sobre un accidente de tránsito ocurrido por causa de un automotor de propiedad de una compañía de leasing. En ejercicio de la actividad peligrosa desplegada con el automotor-buseta, se arrolló a un ciclista de 54 años de edad, dejando como resultado su fallecimiento.

De forma paralela y al interior de la acción penal¹¹⁹ en contra del conductor, los familiares de la víctima formularon demanda de constitución de parte civil, la

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 4 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, Casación No. 34.819.

misma que fue admitida por la Fiscalía, e igualmente se dispuso vincular como tercera civilmente responsable a la compañía de leasing, en su condición de propietaria del automotor.

La primera instancia, con relación a la acción civil, acogió las pretensiones de la demanda y condenó al conductor, y de forma solidaria, a la compañía de financiamiento comercial – leasing como propietaria del automotor, vinculada a la actuación en calidad de tercero civilmente responsable.

La sentencia fue apelada, pero la alzada no obtuvo prosperidad alguna, el Juez de segundo grado confirmó el fallo, considerando que la condición de propietaria del automotor con el cual se causó el homicidio, generaba la existencia de un “vínculo jurídico”, presupuesto suficiente para atribuirle la responsabilidad civil demandada a la entidad leasing:

“A la empresa LEASING (...) no le resulta extraño ni ajeno que uno de sus vehículos entregados en arrendamiento, sea conducido por un motorista asalariado quien con ese instrumento de trabajo realiza actividad peligrosa, cuyos riesgos aumentados en el tráfico automotor potencia la ocurrencia de eventos como el que reporta el presente proceso, esto es, la causación de daños a terceros cuya responsabilidad no sólo afronta directamente el conductor, sino de manera indirecta o refleja el dueño del automotor, y por

¹¹⁹ Según las previsiones de los artículos 96 del Código Penal y 46 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), que rigió el asunto, dos son los grupos de personas que pueden ser vinculadas al proceso penal para que respondan civil y patrimonialmente por los perjuicios causados con el delito: **(i)** los penalmente responsables; y **(ii)** los que de acuerdo con la ley sustancial están obligados a reparar el daño, eventos en los cuales tal compromiso es solidario. (...) De igual forma, puede pedir la vinculación del llamado a responder civilmente por las consecuencias del hecho punible de otro, con lo cual ese “tercero”, por ser un extraño frente a la relación directa del autor de la conducta y estar comprometida su responsabilidad civil adquiere también plena autonomía en el trámite penal al ostentar la categoría de sujeto procesal con todas las garantías y facultades que ello implica, en ejercicio de las cuales puede presentar pruebas, controvertir las exhibidas en su contra para enervar las pretensiones del demandante civil. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-541 del 24 de septiembre de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.). “...el debate procesal de la acción civil contra el ‘tercero’, dada la naturaleza del proceso penal en el que se surte y que condiciona de modo prevalente sus trámites, supone que el llamado en tales condiciones debe actuar en el sentido de la determinación del grado de su responsabilidad”. (Cfr. Óp. cit. Ibídem.).

supuesto que también la persona que en calidad de arrendatario mantenga la tenencia del mismo¹²⁰. (Negritas y cursivas nuestras)

Adicionalmente, para el Juez de segunda instancia, el hecho que en las cláusulas del contrato se hubiese previsto el aseguramiento a través de pólizas de responsabilidad civil frente a posibles condenas impuestas contra ella y a favor de terceros, sirvieron como otro argumento para arribar a la conclusión de la responsabilidad solidaria de la leasing:

“De acuerdo con la primera “si en virtud de disposición legal, acto administrativo o providencia judicial emanados de autoridad competente, LEASING (...), debiere indemnizar a terceros por concepto de daños o perjuicios causados con el (los) bien (es) o por razón de su tenencia, EL (LOS) LOCATARIO (S), se obliga (n) para con ella a reembolsarle la totalidad de la suma pagada por dicho concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación de la respectiva factura por LEASING (...) a EL (LOS) LOCATARIO (S)”. Según la segunda LOS LOCATARIOS autorizan a LEASING (...) para por cuenta de ellos contratar “contra todo riesgo los seguros o renovaciones” y pagar las respectivas primas de ellos, con la finalidad de mantener vigentes las pólizas de amparo del bien “incluyendo los daños y perjuicios que el funcionamiento de éste pueda ocasionar a terceros”.¹²¹

Así mismo, enfatizó y eso le dio vigor a su argumento, que tratándose de un contrato de adhesión es la misma leasing, la que había impuesto una norma contractual, de obligación aseguraticia, aceptada por el locatario, que a nuestro juicio y al igual que el criterio del juzgador, era indicativa de que las compañías de financiamiento comercial, como parte dominante de la relación contractual, dejan para sí la condición de guardián jurídico de la cosa, pues son conscientes del riesgo que implica un automotor entregado en leasing, y que de tal actividad y negocio jurídico derivaba su provecho, por esta razón crean la necesidad de tomar la póliza:

¹²⁰ El Tribunal de Buga en la sentencia *Ibídem*.

¹²¹ *Ibídem*.

*“reafirma la existencia del vínculo jurídico entre la propietaria del automotor, los tenedores y el conductor del mismo, por manera que con esa clase de seguros, **en su conjunto todos los involucrados en esa relación jurídica, toman las previsiones necesarias a fin de afrontar eventualidades como las derivadas de responsabilidad por el hecho ajeno y también por la actividad peligrosa que comporta la utilización del vehículo automotor de propiedad de LEASING** (...), en el transporte público de pasajeros, esto es, en el tráfico vehicular que por esencia comporta aumento de riesgo por el mayor peligro que entraña la realización de esa actividad, amén de que con el producto de esa explotación comercial el arrendatario suele pagar el canon mensual pactado con la arrendadora –propietaria— del automotor en el contrato de leasing”. (Negritas y resaltado nuestro)*

Inconforme con la decisión de segunda instancia, la leasing recurre en casación, escenario en el cual la Corte casa la sentencia y la absuelve. Es de resaltar, para efectos de nuestra investigación, la intervención que en el trámite del recurso extraordinario efectuó el Ministerio Público en su condición de garantista de los derechos fundamentales de las personas, quien solicitó a la Corporación Judicial no casar la sentencia; en orden a sustentar su posición, sostuvo:

(...) por su íntima relación, la Delegada decidió responder conjuntamente los reproches formulados en la demanda, en los siguientes términos:

El tercero civilmente responsable, (...) es la persona natural o jurídica que sin haber intervenido en la comisión de un hecho punible, *“tiene el compromiso de indemnizar los perjuicios causados con la conducta penalmente relevante para el derecho penal”*, el cual surge de los artículos 2344, 2347 y 2349 del Código Civil y del 96 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

La última norma, similar a como se contempló en el artículo 46 de la Ley 906 de 2004, establece que los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables y por quienes conforme a la ley sustancial están obligados

a responder. *En el presente caso, además del conductor del vehículo, le corresponde hacerlo a la firma LEASING (...) C.F.C.*

La compañía de leasing, en efecto, *“es la que tiene la calidad de propietaria del bien, pero en el momento en que lo entrega al locatario, le exige un aseguramiento contra el deterioro, pérdida, destrucción, hurto y contra todo riesgo de daños que el bien entregado pueda ocasionar a terceros”*.

“De hecho en los contratos celebrados –sigue el concepto– se ha establecido que la compañía puede asegurar el objeto por riesgos contra terceros con la condición que el locatario devuelva estos valores a la compañía quien es la beneficiaria de estos seguros; como el contrato de leasing tiene la característica de ser consensual, la parte dominante que para el caso concreto lo constituye la compañía leasing, establece que los daños causados a terceros los debe pagar el locatario, en atención a que es la parte que tiene la administración directa sobre el bien, es decir el poder de mando, dirección y control del bien entregado por la compañía, luego entra al ámbito de su dominio tomar las medidas para que una situación de esta naturaleza no se produzca.

“En la mayoría de contratos de esta naturaleza las compañías de leasing establecen en el texto de la convención que la responsabilidad por el uso del bien sometido a esta figura corresponde única y exclusivamente al locatario, por manera que no se hacen garantes de las obligaciones de carácter penal, civil, administrativa, contractual o extracontractual.

“Ahora bien, cuando la compañía de leasing, como en el caso que nos ocupa resulta vinculada y condenada a responder de forma solidaria como tercera civilmente responsable por la comisión de un hecho punible, establecen una cláusula general consagrada en el texto del contrato, según la cual en el evento de deducirse responsabilidad de carácter penal, civil, administrativa, contractual o extracontractual, el locatario, es obligado a poner todos los medios de defensa para que la compañía pueda defenderse y en el caso extremo de que fuera condenada a cancelar una indemnización, el locatario es obligado a reembolsar todos los gastos generados con la actuación judicial, en su orden, honorarios, costas, agencias en derecho, así como a devolver el monto de la indemnización a que se hubiere visto obligada la compañía de leasing a cancelar por un siniestro, en el caso de los vehículos automotores.

“En el caso que nos ocupa el Tribunal al desatar la alzada estableció que en el propio contrato de leasing invocado por el apelante, contiene una cláusula noventa según la cual en el evento de que la compañía debiera indemnizar a terceros por concepto de daños o perjuicios causados el locatario está obligado a reembolsarle la totalidad de la suma pagada dentro de los 5 días siguientes a la fecha de la presentación de la respectiva factura, por manera que ninguna duda surge con relación a la posibilidad de que fuera condenada la compañía en forma solidaria, como en efecto lo hizo el Tribunal Superior de Buga, por manera que ninguna vulneración por vía directa o indirecta se produjo en la sentencia atacada”.

Así las cosas, no hay lugar a casar el fallo recurrido en casación”. (Negrita fuera del texto).

No obstante el concepto del Ministerio Público, la Corte para exonerar a la propietaria leasing, en síntesis, expuso lo siguiente:

“Esa conclusión, que resuelve el caso a favor de la pretensión del casacionista, se explica en las nociones de “*guardián de la cosa*” y de “*responsable de la actividad peligrosa*”.

La primera consiste en tener el poder de dirección y control del bien utilizado en la actividad peligrosa y el responsable de la misma es, por tanto, quien tiene ese poder intelectual de dirección y control. Es posible, claro está, que varias personas intervengan en actividades de ese tipo con poder independiente, exclusivo o compartido, caso en el cual serán responsables solidarios de los daños causados. Existen casos, de otra parte, en los cuales es viable comprobar que una persona tenía la custodia de la estructura y otra del comportamiento, siendo indispensable en eventos así determinar la causa del daño para saber quién es el responsable (...)

“(…) En el caso de estudio, pese a la conservación de la propiedad sobre el vehículo por parte de LEASING (...) y a que ello hace presumir “*el poder de comando*” sobre el mismo, porque de él normalmente no se desprende el dueño, es evidente que la entidad demostró que no tenía la custodia del automotor pues en virtud del contrato

de leasing, en los precisos términos del convenio suscrito con los locatarios, estos adquirieron —en principio al menos— la condición de guardianes del bien o el poder de vigilancia y control sobre la actividad de transporte público desarrollada con el mismo.

Consiguientemente, constituyó un error jurídico del *ad quem* considerar responsable civil a la compañía por la simple posición jurídica frente al vehículo, desconociendo que materialmente se despojó de su uso y no participó en nada concerniente a la dirección y control del bus, inclusive —desde luego— en la selección del conductor y la vigilancia de su comportamiento”¹²².

En pocas palabras, la Corte persiste en su línea, es decir, en la tesis de la guarda material de la actividad del vehículo, poder de dirección, control y mando del automotor, que para la Corporación Judicial no la tiene la sociedad de leasing, pues la misma, reitera, se encuentra radicada, en virtud del contrato, única y exclusivamente en cabeza del locatario.

5.4. SENTENCIA DEL 2 DE DICIEMBRE DE 2011, EXPEDIENTE 2000-00899¹²³.

En este caso, los accionantes pretendían que se declare la responsabilidad civil extracontractual y solidaria entre la sociedad de leasing, la empresa de transporte y el conductor, en su condición de propietaria, empresa afiliadora y actor directo del vehículo automotor con el que se causó el accidente, respectivamente.

Con el automotor-camión de propiedad de la leasing se atropelló violentamente a dos personas causándoles la muerte. El fallecimiento de las personas, ambos con 27 años de edad, causó daños patrimoniales y morales a los padres, hermanas, compañera e hijos menores de edad.

¹²² Óp. cit. *Ibídem*.

¹²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de diciembre de 2011, Expediente No. 2000-00899, Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

El trámite judicial se desarrolló de la siguiente forma: en la primera instancia se negaron en su totalidad las pretensiones y se condenó en costas a la parte demandante, decisión que fue confirmada en segunda instancia.

Recurrida la sentencia en casación, con la pretensión principal que se declare responsable a la leasing, en su condición de propietaria del automotor, la Corte, conforme a los argumentos que se transcriben, no casó la sentencia:

“(...) siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del artículo 2356 del Código Civil el hecho de servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérase en cada caso establecer a quien le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión ésta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder, de donde se desprende, que en términos de principio y para llevar a la práctica el régimen del que se viene hablando, tienen esa condición: ‘(i) El propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que ‘(...) la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmase tener (...)’, agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la ‘guarda de la actividad’, puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (..) o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido robada o hurtada (...)’ (G.J. T. CXLII, pág. 188). ‘(ii). Por ende, son también responsables los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoratícios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios).

‘(iii) Y en fin, se predica que son ‘guardianes’ los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a ese llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, obstaculizando o inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado’¹²⁴.

“A este respecto, responsable del daño causado con la cosa bajo custodia, es su guardián, o sea, el titular del derecho de dominio, poseedor o tenedor de la cosa y quien ejerce un poder análogo, con tal que tenga su gobierno, administración, dirección o control”¹²⁵

Como vemos, la Corte en este fallo se reafirma y aferra a la doctrina de la guarda de la actividad, sosteniendo que en este caso la misma no se encontraba en poder de la sociedad leasing, la cual, muy a pesar de ser su propietaria en virtud del contrato, era el arrendatario del automotor quien tenía el poder de dirección y control del vehículo.

5.5. SENTENCIA DEL 4 DE ABRIL DE 2013, EXPEDIENTE No.2002-09414¹²⁶.

En este caso, el reclamo de los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, fue enfrentado también contra la sociedad leasing en su calidad de propietaria del vehículo – tracto camión, el cual se encontraba parqueado indebidamente y sin señalización alguna en la vía, lo que generó el accidente de tránsito, causando daños materiales al vehículo de propiedad de las víctimas.

¹²⁴ Ibídem.

¹²⁵ La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA citando a Massimo FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, t. I, p. 1 ss; Fattiilliciti, en SCIALOJA-BRANCA, “*Commentario del Codice Civile*” al cuidado de GALGANO, Libro IV, *Delle obbligazioni*”, arts. 2043 a 2059, especialmente art. 2055, p. 544 ss. De igual forma el tratadista TAMAYO JARAMILLO, sostiene que en materia del ejercicio de actividades peligrosas, “*el estado actual de la jurisprudencia, es indiscutible en cuanto a que la víctima debe probar únicamente que el daño fue causado en el ejercicio de una actividad peligrosa, en cuyo caso el demandado solo podrá exonerarse demostrando una causa extraña*”. (Óp cit. Tomo I, Pág. 862.).

¹²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de abril de 2013, Ref.: Exp. N° 11001-31-03-008-2002-09414-01, Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

El debate sobre la responsabilidad de la sociedad de leasing se desató así: el Juez de primera instancia la encontró civil y solidariamente responsable, bajo el argumento de su renuencia a responder un derecho de petición que la víctima del daño le había efectuado sobre la existencia de un seguro de responsabilidad civil que amparaba el daño causado.

En sede de apelación, el juzgador confirmó el fallo pero por otras razones: Consideró que *“la existencia de seguros de responsabilidad civil no impide que la acción se dirija contra el directo responsable, resultaba innecesaria la información requerida por el actor a través del ejercicio de su derecho de petición”*¹²⁷, y, en consecuencia, el Tribunal siguiendo la teoría de la guarda de la actividad peligrosa consideró que si bien el automotor fue entregado al momento en que se suscribió el contrato de leasing, en el mismo se estableció una fecha para ejercer la opción de compra y esta oportunidad ya había expirado para el momento del siniestro, al respecto el Juez sostuvo, según cita de la Corte:

“(…) que si bien en aquella fecha sucedió la entrega del vehículo, no se acreditó que ‘para la data del insuceso ocurrido el 18 de julio de 2001 (...) su cuidado, custodia, manejo y administración’ estuviera en cabeza de los mencionados tenedores, pues según las cláusulas 12 y 17 del indicado convenio, ‘tal tenencia había revertido a su propietario Leasing (...)’.

Sostiene que el argumento de la financiera demandada, según el cual se desprendió de la tenencia del automotor como consecuencia del aludido pacto, se halla huérfano de prueba, pues no se acreditó que *‘los demandados hubieran hecho uso de la opción de compra al tenor de la cláusula 12ª del referido contrato, cuando por lo demás, de conformidad con las condiciones de la cláusula 17ª la restitución del bien operó precisamente por ese motivo’*, y tampoco se demostró la celebración de *“un nuevo contrato de leasing”*.

¹²⁷ Óp. cit. Ibídem.

En respaldo de su planteamiento, transcribió el contenido de las citadas estipulaciones e interpretó que una vez finalizado el término del arrendamiento, el locatario podía, dentro de los 15 días siguientes, adquirir el bien *“por el valor final fijado a la opción de compra”* y de no hacerlo oportunamente, quedaría *“obligado a restituir, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles inmediatamente siguientes (...), el bien objeto de este contrato”*.

También afirma, con base en el certificado de tradición del reseñado tracto-camión, que éste ha figurado como propiedad de la compañía de Leasing *“desde el 6 de octubre de 1994 y hasta por lo menos el 5 de febrero de 2002, fecha en que se expidió (...), por lo que no es aventurado sostener que el mismo continuó perteneciendo a la financiera demandada, aún después de la terminación del contrato (20- Oct-1997) y, por supuesto, para la época del infortunio (18-jul-2001), cuya tenencia, como antes se apuntó, ya no se encontraba en manos de los otrora tenedores precarios”*¹²⁸.

Conforme a lo anterior, se resalta que el Juez o el Tribunal de segunda instancia condenó a la propietaria leasing, partiendo de la valoración de la prueba del contrato de leasing automotor, el mismo que establecía los términos de duración, terminación y restitución del automotor; el juez hace una interpretación integral de la convención negocial, a partir de la cual concluyó que así como en el contrato se pactó la entrega de la tenencia en favor del locatario, también se pactó su reintegro en caso de no ejercer la opción de compra al vencimiento del plazo, momento en que retornaría la tenencia a su propietario, situación que se presentaba ya para la fecha del accidente, pues al término de expiración del contrato, la leasing además de obrar como propietaria en el registro automotor había recuperado jurídicamente la tenencia.

La Corte al resolver el recurso de casación, hace ver frente a la sentencia de primera instancia que la misma constituye un desatino jurídico, en tanto que se

¹²⁸ Cfr. Óp. cit. Ibídem.

termina condenando a la leasing “*por haber omitido dar respuesta al derecho de petición, que el actor formuló, sobre la existencia de una póliza de seguros, que pudiera resarcir el daño*”, sin que esto constituya, en derecho, un criterio para la atribución del daño.

En lo que atañe a la sentencia de segunda instancia, la Corte la casa, y absuelve a la propietaria leasing, bajo los siguientes argumentos:

La Corte realizó un primer examen para determinar el yerro probatorio de linaje fáctico cometido en la estimación probatoria del *ad quem*, en tanto que hace ver la manifiesta suposición de prueba, cuando sin estar probado, presume que para la fecha del accidente y al tenor únicamente de las cláusulas contractuales, ya había operado “el reintegro material del automotor” por parte de los locatarios a la leasing, así puntualizó:

“(…) no permite deducir que la accionada, para el momento en que aconteció el hecho sustento de la demanda, fungía o tenía la calidad de guardián del automotor con el que se causó el daño, o como erradamente lo dedujo el Tribunal, que la tenencia había revertido para Leasing (...), *dado que los supuestos contemplados en la reseñada estipulación contractual, lo que revelan es la exigibilidad de la obligación restitutoria y no la materialización de ésta*”¹²⁹. (Cursivas por fuera del original).

En segundo lugar con miras a la exoneración de la leasing, la Corte, persiste en la guarda material del automotor en cabeza del locatario:

“(…) la Corte ha precisado que ‘*El responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero si lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario...O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas*

¹²⁹ Óp. cit. Ibídem.

*presúmese tener. Y la presunción de guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada (...)*¹³⁰

5.6. SENTENCIA DE TUTELA DE 12 DE JUNIO DE 2014, EXPEDIENTE No. 2014 - 01155¹³¹

La Corte Suprema de Justicia, obrando como Juez Constitucional y en sede de tutela, en esta sentencia y en el siguiente caso, en el cual la propietaria leasing pretendía ser excluida de la condena que se le había impuesto - sobre idénticos presupuestos fácticos que comprometieron las sentencias antes reseñadas (accidente de tránsito, cometido por el vehículo de propiedad de la leasing entregado al locatario con la consecencial causación de daños a terceros) -, en respeto de la competencia funcional del Juez ordinario y de su soberanía en la labor estimativa de las pruebas, implícitamente acogió y compartió la decisión del Tribunal de Cundinamarca, juzgador que para declarar la responsabilidad de la sociedad leasing, se basó en la insuficiencia probatoria del contrato de leasing para demostrar el desprendimiento de la guarda del automotor; aseveración probatoria contraria a la que le ha venido sosteniendo la misma Corte Suprema de Justicia, como Juez ordinario.

En el debate del proceso ordinario, la leasing fue vinculada al proceso oficiosamente en primera instancia por el Juez de conocimiento, en su condición de propietaria del automotor causante del accidente, sin embargo, terminó absolviéndola.

¹³⁰ Óp. cit. Ibídem.

¹³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de junio de 2014, Expediente No. 2014-01155. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Al desatarse la alzada por parte de las víctimas del daño, el Juez de segunda instancia revocó la sentencia, y en virtud de ello, condenó a la leasing al resarcimiento de los daños ocasionados con el automotor de su propiedad.

Inconforme con la decisión, la leasing solicitó la declaratoria de nulidad de la sentencia, la que fue rechazada de plano por el Tribunal. Ante tal determinación, la accionante recurrió en súplica ante la misma Corporación, quien declaró improcedente el recurso.

Es por ello que la leasing acudió a la acción constitucional, para lo cual alegó que la sentencia ordinaria de segundo grado transgredió su derecho a la defensa, toda vez que el Tribunal no le dio valor probatorio al contrato de leasing, y que en virtud de ello, «*tergiversó el valor de las pruebas*» que demostraban que «*no era, y nunca lo ha sido, el guardián del vehículo*»¹³², y que como consecuencia de ello, el fallo tendría otro sentido, pues resultaría sin responsabilidad alguna.

El fallo de tutela, recordando los argumentos del Tribunal accionado, esgrimió:

“(…) En cuanto al punto de la prueba en la que sustentó su decisión el Tribunal, que es parte del sustento de la inconformidad de los tutelantes, tras considerar, que no se hizo una adecuada valoración de las mismas (…) señaló inicialmente que revocaría lo decidido por el a quo «*frente a LEASING (...) en donde la excluye de ser llamada a responder, fundado en que por el contrato comercial que contrajo con Consorcio XXXX y XXX le descargó en las últimas compañías la guarda del bien y por ello, consideró que surgían los motivos suficiente para desvincular a LEASING (...)*».

«*Con relación a la empresa Leasing (...) S.A., que suscribió el contrato de Leasing Financiero, con el locatario Consorcio Fusa Bogotá y las demás antes referidas, la misma (Leasing) **se limitó en aportar los contratos que corroboraban tal situación, empero,** no probó que se hubiese desprendido de la guarda material y jurídica total del bien, toda vez que, no allegó ni acreditó que para el momento de los*

¹³² Cfr. Ibídem.

hechos, su calidad de propietaria del automotor estuviera totalmente despojada de la administración, custodia, guarda, cuidado, facultades de reclamar ante las autoridades a órdenes del locatario, junto con los derechos de dominio y posesión del rodante, comoquiera que solo estaba poniendo a órdenes del locatario su “disposición” conforme a las condiciones pactadas, por lo cual, es ella, la que debe entrar a responder por los perjuicios que ocasionó el vehículo de placas FUL 100 (tipo camión)”¹³³.

Así mismo, agregó:

“Lo anterior se corrobora con lo que en el mismo contrato de Leasing Financiero No. 180-40356 se previó, con relación a las posibles eventualidades en que la compañía respondiera por daños y perjuicios a terceros, emanadas de órdenes judiciales, señalando que: “...Por los daños o perjuicios que con el(los) bien(es) o por razón de su tenencia, pudieran causarse a las personas o los bienes por terceros, por cuanto dicha responsabilidad recae exclusivamente en cabeza del LOCATARIO. Si en virtud de disposición legal, acto administrativo, providencia judicial emanados de autoridad competente, LEASING debiera indemnizar a terceros por concepto de daños o perjuicios causados con el(los) bien(es) o por razón de su tenencia, el LOCATARIO se obliga con ella a reembolsarle la totalidad de la suma pagada por dicho concepto dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro de LEASING a EL LOCATARIO...”. De modo que, diferente a lo alegado por sus apoderados, Leasing (...), si tenía prevista dentro del contrato, la eventualidad de responder por daños que, en este caso, el automotor, cometiera en terceros y estableció de igual manera, la forma de repetir ante los locatarios».

Por ello, expresó: «De lo anterior se concluye, que Leasing (...), bajo las reglas del artículo 177 del C. de P.C., no creó el convencimiento necesario en la Colegiatura de lo aseverado respecto al desprendimiento del uso, goce y administración del vehículo de placas FUL 100 (tipo camión), **por cuanto dentro del contrato, se infiere, que la misma ejerce un control del bien, toda vez que de su posesión solo se despojará al momento en que el locatario decida hacer uso de la opción de adquisición;** de esta manera, la prueba de existencia del negocio jurídico realizado

¹³³ Cfr. Ibídem.

con el Consorcio Fusa y las demás sociedades, y la sola manifestación, no prueba lo dicho a través de su apoderado”¹³⁴.

Finalmente concluyó:

“Por ello, si la responsabilidad que se le endilga a quien ejerce la guarda de la cosa causante del daño y ella se presume de su propietario, en cuanto a Leasing (...), no probó el rompimiento del nexo causal de responsabilidad¹³⁵, razón por la cual debe ser condenada al pago de los perjuicios establecidos, en un cincuenta por ciento (50%), al acreditarse la importancia esencial de la intervención del automotor (...) del cual era la propietaria en la ocurrencia del suceso, y no probar, que efectivamente no ejercía su guarda; automotor que por su inesperado frenado, en una vía rápida y húmeda, ocasiona el hecho generador del múltiple accidente, de conformidad a lo anteriormente dicho”¹³⁶. (Negritas y texto resaltado nuestro)

De esta forma la Corte Suprema de Justicia, respetando los argumentos y motivaciones del fallo del Tribunal, concluye:

*“Aquellas consideraciones, **no evidencian capricho del Juez colegiado acusado, como tampoco sus razones merecen el calificativo de absurdas ni de autoritarias, y con independencia de que se comparta o no su interpretación, no es posible descalificar la providencia emitida, cuando la misma no se evidencia infundada ni arbitraria**, encontrándose igualmente ajustada a su competencia, pues contrario a lo afirmado por la actora, los demandantes en su escrito de apelación sí solicitaron la revocatoria de la parte resolutive de la sentencia de primer grado. (Negritas nuestras)*

(..) se tiene claro que no se puede recurrir a la acción de tutela para imponer al fallador una determinada valoración de las pruebas, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes, porque, es precisamente en ese campo en donde se expresa con mayor fuerza su independencia.

¹³⁴ Cfr. Ibídem.

¹³⁵ Tratándose de actividades peligrosas, existe una presunción de responsabilidad, que solo puede ser desvirtuada, alegando la causa extraña; el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima y el caso fortuito.

¹³⁶ Cfr. Ibídem.

(...) Sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa en el caso concreto, que de manera manifiesta el operador jurídico ejecuta un juicio irrazonable o arbitrario sobre la valoración probatoria por fuera de las reglas básicas de realización, práctica y apreciación, las cuales se reflejan en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo, ha dicho esta Corte, debe ser de tal entidad que debe ser ostensible, flagrante, manifiesto y el mismo debe poseer una incidencia directa en la decisión”¹³⁷.

Esta decisión fue impugnada por la sociedad de leasing, siendo resuelta por la Sala de Casación Laboral de la misma Corte, mediante sentencia de 30 de julio de 2014, expediente No. 54947¹³⁸, la cual confirmó en su totalidad la decisión nugatoria del amparo constitucional y en orden a tomar tal determinación, expresó:

“(...) Inconforme, la parte actora (Leasing) impugnó dicho fallo; dijo que el Tribunal acusado obró sin competencia al revocar lo resuelto a su favor, (...) reiteró sus argumentos en el sentido de atacar la interpretación hecha de los hechos y las pruebas «al no dar como probado que no se era el guardián del activo”¹³⁹.

Consideró además la Sala:

“(...) no le asiste razón a la parte actora cuando pretende que se revoque la decisión de primera instancia proferida por la Sala de Casación Civil de esta Corporación, toda vez que no se observa que la decisión del Tribunal accionado, haya sido caprichosa e inconsulta, o haya olvidado cumplir con el deber de valoración conjunta e integral de las pruebas; por el contrario, se advierte que el Juez ordinario actuó dentro del marco de la autonomía e independencia que le es otorgada por la Constitución y la ley, en consonancia con los principios de libre apreciación y unidad de prueba de que trata el C.P.C., art. 187”¹⁴⁰.

Y sostuvo que el Tribunal acusado:

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de Julio de 2014, Radicación No. 54947, Acta 27. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*.

“(…) al adentrarse a resolver tales cuestionamientos, determinó con fundamento en el material probatorio recaudado, que la Leasing (...), no acreditó haber estado privada del cuidado y guarda del vehículo involucrado en el accidente por lo que la declaró responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, tal fue el silogismo del despacho censurado:

(...) (Leasing ...) se limitó en aportar los contratos que corroboraban tal situación, empero, no probó que se hubiese desprendido de la guarda material y jurídica total del bien, toda vez que, no allegó ni acreditó que para el momento de los hechos, su calidad de propietaria del automotor estuviera totalmente despojada de la administración, custodia, guarda, cuidado, facultades de reclamar ante las autoridades a órdenes del locatario, junto con los derechos de dominio y posesión del rodante, como quiera que solo estaba poniendo a órdenes del locatario su “disposición” conforme a las condiciones pactadas, por lo cual, es ella, la que debe entrar a responder por los perjuicios que ocasionó el vehículo”¹⁴¹.

Rastreada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, queda claro que la Corte como Juez ordinario¹⁴², ha trazado una línea en el escenario de esta especie de la responsabilidad civil extracontractual, por supuesto, favorable a las sociedades que ofertan contratos de leasing financiero automotor, es decir, a la parte dominante de esta relación comercial; toda vez que para la Corte, en virtud del contrato de leasing, se traslada la guarda material del automotor hacia el locatario y se desvirtúa la presunción general de que todo propietario es el guardián material de la cosa, de allí, la no responsabilidad de la sociedad frente a terceros.

6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR ENTREGADO EN LEASING EN EL DERECHO COMPARADO

¹⁴¹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁴² Hacemos alusión a la Jurisdicción Ordinaria de la Rama Judicial en Colombia, la que es competente para conocer de asuntos civiles, comerciales, laborales y de familia.

Siguiendo el itinerario que hemos planteado para el desarrollo del presente capítulo, corresponde situarnos en el estudio de la responsabilidad civil extracontractual de la propietaria del automotor leasing en el escenario internacional, principalmente en los diferentes sistemas jurídicos latinoamericanos, centrando nuestra investigación en los siguientes regímenes, los cuales dada su evolución frente a esta especie de responsabilidad, merecen resaltarse.

6.1. REPÚBLICA DEL PARAGUAY

Paraguay se presenta con un ordenamiento jurídico que en materia de responsabilidad civil extracontractual por el hecho de las cosas inanimadas, establece en su legislación civil, una responsabilidad dualista frente al propietario.

Por un lado existe, **(i)** una responsabilidad subjetiva frente al propietario, representada en su condición de “guardián” sobre el bien, independientemente de que el daño causado a la víctima haya sido producto de la cosa misma o con su uso, y para lo cual, podrá exonerarse probando que no existió culpa de su parte, es decir, acreditando su diligencia y cuidado sobre la misma, *vr. gr.*, la responsabilidad de los daños acaecidos por el desplome total o parcial de un edificio, recaerá siempre sobre el propietario o guardián de este, a quien se le presume su culpa y para exonerarse deberá demostrar que evitó e implementó las medidas necesarias para evitar el daño.

Por otro lado, existe **(ii)** una responsabilidad objetiva cuando el daño causado por la cosa es producto de factores objetivos como el “vicio” o el “riesgo inherente a la cosa”, como opera en el caso de los automotores, y frente a lo cual su propietario no podrá eximirse si consintió su uso en favor de otro, únicamente será posible acreditando la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero; a manera de ejemplo, tenemos: El automotor parqueado que ha explotado por un vicio o desperfecto en su estructura, o el que siendo conducido genera un riesgo

inherente a su función, en ambos casos, al propietario no le es dable acreditar su diligencia y cuidado en el hecho dañoso, pues su imputación de responsabilidad no depende de un factor subjetivo (cuidado y diligencia) para evitar el daño, cuando es el riesgo o vicio del automotor el determinante, el cual siempre está latente.

Lo anterior lo consagra la siguiente norma:

“El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta”¹⁴³.

A partir de esta norma, tratándose de la actividad peligrosa desplegada con automotores, este ordenamiento jurídico, frente al propietario del automotor leasing consagra unos criterios de imputación objetiva (vicio o riesgo inherente a la cosa), y no a partir de su condición como guardián de dicha actividad.

Así las cosas, la legislación paraguaya, va un paso más adelante que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia al considerar que mediante leasing, se pueden entregar bienes como los automotores, que llevan consigo la potencialidad del “riesgo inherente”, por lo cual la responsabilidad es objetiva, frente a lo cual la teoría de la guarda carece de aplicación jurídica a la hora de reparar el daño a las víctimas.

Así pues, podemos afirmar que en el régimen de Paraguay las sociedades de leasing que entregan un automotor, del cual se reservan su dominio, pero no lo

¹⁴³ Artículo 1847 del Código Civil de Paraguay.

usan, responden de forma objetiva ante los terceros, por el riesgo inherente que este genera.

No obstante lo anterior, la responsabilidad civil objetiva de la leasing como propietaria del vehículo, se reduce o contrae a tan solo el valor del automotor causante del daño, pues así lo dispuso la Ley de Locación, Arrendamiento o Leasing Financiero y Mercantil en ese país: *“La responsabilidad objetiva del dador ante el tomador emergente del artículo 1847 del Código Civil queda limitada al valor de la cosa entregada en locación, arrendamiento o Leasing financiero, cuyo riesgo o vicio fuere la causa del daño”*¹⁴⁴.

6.2. REPÚBLICA DEL PERÚ

Frente a los daños ocasionados a terceros con automotores leasing, el ordenamiento y el sistema jurídico peruano, sin duda alguna, reviste una indudable evolución y un admirable tratamiento en favor de las víctimas, ello por cuanto, tanto el Legislador como la jurisprudencia de sus Altas Cortes, en particular, las de las Salas Civiles¹⁴⁵ de su Corte Suprema de Justicia, han propendido por régimen normativo y una interpretación Jurisprudencial, más social, moderna e incluyente, todo en orden a lograr una reparación integral para las víctimas, situación que se ha materializado en una garantía y seguridad jurídica en favor de éstas; armonizando así con la finalidad última y suprema de la responsabilidad civil.

Así las cosas, tenemos que el Código Civil Peruano vigente desde 1984, en su artículo 1970 ha nominado y consagrado la “Responsabilidad por riesgo” así:

¹⁴⁴ EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA, Ley No. 1.295 de 1998 “De Locación, Arrendamiento o Leasing Financiero y Mercantil.

¹⁴⁵ En la República de Perú, la Corte Suprema de Justicia, está compuesta por siete Salas Supremas del Poder Judicial: una sala de derecho constitucional y social permanente y dos salas transitorias, una sala penal permanente y una transitoria, de igual forma, en materia civil, existe una sala civil permanente y otra transitoria; las salas permanentes se componen de jueces supremos titulares y las transitorias de provisionales, estos últimos, sustituirán a los titulares en caso de vacancia, licencia o impedimento.

“Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”¹⁴⁶.

En concordancia con esta norma general, la ley específica que regula el transporte automotor, “Ley General No. 27181 de Transporte y Tránsito Terrestre”, en su artículo 29, ha consagrado la obligación solidaria de los agentes causantes del daño así: *“La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los danos y perjuicios causados”*.¹⁴⁷

Ahora bien, el mismo Estatuto Civil, en tres de sus artículos, frente al derecho de dominio y su ejercicio ha consagrado unos deberes o principios de responsabilidad similares al nuestro, así: **(i)** sobre el derecho de propiedad consagra que este es *“el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”¹⁴⁸*, **(ii)** frente al ejercicio abusivo del derecho de propiedad establece que *“aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados”¹⁴⁹*, y **(iii)** acerca de las restricciones legales de la propiedad ordenó que: *“Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”¹⁵⁰.*

¹⁴⁶ CONGRESO DE LA NACIÓN PERUANA, artículo 1970, Decreto Legislativo N° 295, Promulgado el 24 de Julio de 1984, Publicado el 25 de Julio de 1984, y entro en vigencia a partir del 14 de noviembre del mismo año, por el cual se expide el código civil peruano.

¹⁴⁷ Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre de la República del Perú No. 27181 de 1999, artículo 29.

¹⁴⁸ Cfr. artículo 923, Código Civil. peruano.

¹⁴⁹ Cfr. artículo 924, ibídem.

¹⁵⁰ Cfr. artículo 925, ibídem.

De forma paralela al Código Civil, en el año de 1984 se expidió el Decreto Legislativo No. 299 que regula el arrendamiento financiero y en su artículo 6º. consagra una obligación aseguraticia por parte de las partes intervinientes, sobre los bienes entregados en leasing, en la siguiente forma: *“los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubiertos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos, es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro”*¹⁵¹, y en su inciso segundo consagró que *“la arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la dadora”*¹⁵².

No obstante lo dispuesto por el inciso segundo, para efectos de darle claridad a su alcance, otro Decreto Supremo¹⁵³ estatuyó que dicha norma únicamente hace alusión a la carga subjetiva de la mencionada obligación aseguraticia, mas no la de exonerar a la propietaria leasing de la responsabilidad civil extracontractual, cuando el bien objeto del contrato genera un riesgo a terceros, como sucede con los automotores; al respecto la norma consagró que *“para el efecto a que se refiere el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de arrendamiento financiero, **corresponde a la arrendataria asegurar** obligatoriamente a los bienes materia de arrendamiento financiero contra riesgos de responsabilidad civil frente a terceros”*¹⁵⁴, razón por la cual, el legislador atendiendo la naturaleza comercial auténtica del contrato de leasing quiso proteger y asegurar, por un lado, **(i)** el patrimonio, los daños y perjuicios de las víctimas ajenas a la convención, y por otro, **(ii)** el patrimonio de la propietaria leasing bajo el entendido de que quien ocasionaría los daños en virtud de la explotación del bien no es la financiera sino el locatario; por lo que claro resulta que la intención del legislador no fue la de exonerar a la propietaria leasing, toda vez que en tal calidad, está sometida a lo

¹⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, artículo 6, Decreto Legislativo No. 299 de 1984.

¹⁵² Cfr. Inciso segundo del artículo 6, ibídem.

¹⁵³ REPÚBLICA DEL PERÚ, Decreto Supremo No. 559 de 1984 –EFC, Título II Del Arrendamiento Financiero.

¹⁵⁴ Cfr. artículo 23, ibídem.

dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil, es decir, a la responsabilidad objetiva por el riesgo creado con su automotor, dado que es en virtud del contrato que se desata la actividad peligrosa.

En ese contexto, cabe anotar que la víctima en la búsqueda legítima de su reparación, puede ejercer acción directa contra la aseguradora, y en caso de que la extensión del daño sea de mayor entidad, no prevista en la póliza, podrá involucrar solidariamente tanto al locatario como a la propietaria leasing del automotor, quienes por ministerio de la ley deben responder, conjuntamente con la aseguradora.

Todo lo anterior, lo hace ver de forma categórica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú, cuando por vía de casación le atribuye responsabilidad a la propietaria del automotor leasing por los daños causados a terceros, e incluso, fallos donde le ordena en virtud de la solidaridad de los agentes vinculados al automotor, reintegrar el valor de la indemnización cancelada por alguno de ellos, a prorrata.

Claro es el ejemplo cuando en uno de los fallos de su Sala Civil Transitoria casa la sentencia y ordena a la propietaria del automotor leasing reintegrar a la aseguradora su cuota parte de la indemnización pagada a las víctimas con ocasión de la muerte de una persona con dicho automotor:

(...) MATERIA DEL RECURSO: Se trata del Recurso de Casación interpuesto por MAPFRE Perú Vida Compañía de Seguros contra la resolución de vista (...) expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, (...), **declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado Crédito Leasing.**

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Por resolución de este Supremo Tribunal (...), se ha declarado la procedencia del recurso por (...) la interpretación errónea del Art. 6 del Decreto Legislativo 299, pues se alega que si bien dicho dispositivo establece la

responsabilidad de la arrendataria del contrato de leasing en caso de un daño que pueda causar el bien, **no exime de la misma a la arrendadora, siendo que de conformidad con el artículo 1970 del Código Civil responde el propietario del bien causante del daño, en tanto se busca garantizar de una mejor manera al tercero por cualquier daño que pudiera ocasionar el bien arrendado; y por la que establece la responsabilidad objetiva, debiendo inclusive asumir tal obligación el propietario del bien;** y que habiendo pagado su parte del aporte de las pólizas a los deudos de la víctima, en vía de subrogación pretenden se les reintegre dichos desembolsos, conforme al Art. 1260 inc. 1° del Código Sustantivo.

CONSIDERANDO: (...) Tercero.- **El propietario del vehículo causante de un daño se encuentra legitimado pasivamente en la correspondiente acción de resarcimiento por la muerte de una persona, lo que se justifica en tanto que la circulación de un vehículo automotor es considerado como una actividad riesgosa, y por eso quien pone en circulación un vehículo asume la responsabilidad objetiva por el daño que pueda causar, en atención a lo dispuesto en el Art. 1970 del Código Civil.**

Cuarto.-**Que, consecuentemente, contra él podrán accionar los deudos o quien habiendo reparado económicamente el daño causado se haya subrogado en sus derechos.**

Quinto.- Que, si bien el Art. 6 del Decreto Legislativo 299 establece la responsabilidad de la arrendataria en el contrato de leasing de los daños que pueda causar el bien objeto del mismo, **tal norma está destinada a regular el contrato de leasing y las relaciones (entiéndase derechos y obligaciones) que se dan entre las partes que lo celebran y no a regular los supuestos de responsabilidad extracontractual ni a limitar o determinar quién resulta responsable o quien debe resarcir un evento dañoso frente a terceros ajenos a tal acto, lo que se encuentra fuera de su marco y no constituye su finalidad.**

Sexto.- **Que, abona a favor de lo expuesto la tendencia moderna de responsabilidad extracontractual la que tiene como fin primordial la reparación a la víctima por el daño sufrido con el efectivo resarcimiento, el que se haya garantizado de una mejor manera con la existencia de más responsables, la que necesariamente siempre deberá estar justificada;** por estos fundamentos; estando a las consideraciones expuestas, declararon FUNDADO el Recurso de Casación interpuesto a fojas 167; NULA la sentencia de vista de fojas 156; y actuando en sede

de instancia REVOCARON la apelada y REFORMÁNDOLA declararon infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada Crédito Leasing, (...).DISPUSIERON que la presente resolución sea publicada en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por MAPFRE Perú Vida Compañía de Seguros con GESSA Ingenieros Sociedad Anónima y otros, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y los devolvieron.

SS. IBERICO, ECHEVARRIA, SEMINARIO, CELIS, TORRES¹⁵⁵. (Negritas Nuestras)

De manera reiterativa y contundente, la Sala Civil Permanente de la misma Corte, no casa la siguiente sentencia en la que la propietaria del automotor leasing pretende que se revoque la condena impuesta en su contra y favor de la víctima por el Tribunal de Justicia de Callao:

(...) MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la litisconsorte pasiva, **Latino Leasing Sociedad Anónima en Liquidación**, contra la sentencia de vista (...) expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, (...) que declara fundada en parte la demanda, y ordena a la recurrente que abone a favor del actor la suma de veinticinco mil quinientos nuevos soles en concepto de indemnización, más intereses desde la fecha que se produjo el daño; con lo demás que contiene.

CONSIDERANDO: Primero: ***Que el propietario del vehículo causante de un daño se encuentra legitimado pasivamente en un proceso de indemnización, lo que se justifica en tanto que la circulación de un vehículo automotor es considerado como una actividad riesgosa, en atención a lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil.***

(...) Tercero: Por otro lado, si bien el artículo 6 del Decreto Legislativo número 299, concordante con el artículo 23 del Decreto Supremo número 559-84-EFC, regula la responsabilidad de la arrendataria en el contrato de arrendamiento financiero por los daños que pueda causar el bien objeto del mismo, tales normas están destinadas a regular este contrato, las relaciones que se dan entre las partes que lo celebran **y no a regular los supuestos de responsabilidad extracontractual, ni a limitar o**

¹⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Casación N° 3622-00 Lima, en Audiencia. Publicada el 31 de Julio 2001.

determinar quién resulta responsable o quién debe resarcir un evento dañoso frente a terceros ajenos a tal acto, lo que se encuentra fuera de su marco y no constituye su finalidad.

Cuarto: En suma, **la inaplicación de las normas especiales del contrato de arrendamiento financiero no enerva la decisión en un proceso de indemnización derivado de un accidente de tránsito, porque la fuente de las obligaciones en la responsabilidad extracontractual es la ley y no el contrato.**

DECISION: a) Por estas consideraciones y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Latino Leasing Sociedad Anónima en Liquidación, en consecuencia NO CASAR la sentencia de vista de fojas ochocientos doce su fecha diecisiete de enero del dos mil seis. En los seguidos por don Jesús Silverio Huilca Costillo sobre indemnización. b) CONDENARON a la parte recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; bajo responsabilidad; y los devolvieron:

SS. CARRION LUGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO¹⁵⁶ (Negritas nuestras)

Bajo ese panorama favorable y proteccionista para las víctimas peruanas, la doctrina es aún más exigente, toda vez que sugiere que la póliza sea tomada por la propietaria del automotor leasing, por cuanto, el artículo 23 de la ley de arrendamiento financiero ha sido acusado de ser una “norma de privilegio”¹⁵⁷: *“Pareciera, y es más para muchos resultara evidente que la norma fue hecha para favorecer a quienes trabajaban en la modalidad de leasing, el fallo del Poder*

¹⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Casación Caso “Callao” en Audiencia. Publicada en el Boletín Informativo N° 698, Disponible en: <http://www.jurisprudenciacivil.com/>.

¹⁵⁷ ORÉ CHÁVEZ, Iván, “El Caza oligarcas”: “Desenmascarando a la oligarquía peruana”, Investigaciones Sobre Derecho Y Ciencia Política. Disponible en: <http://ivanorech.blogspot.com.co/2006/09/leasing-y-responsabilidad-frente.html>.

Judicial puede decirnos lo contrario, pero ello no descarta que la idea del privilegio se haya encontrado subrepticamente en el logos del ‘legislador’¹⁵⁸.

6.2.1 COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL PERÚ

Tanto la jurisprudencia como la doctrina son congruentes con dicho ordenamiento legal y consultan directamente los postulados constitucionales de la Carta de 1993, art. 23, que consagra a Perú como una República democrática, social, independiente y soberana y entre sus deberes estatales establece: *“garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”*.

En materia de responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito, la Jurisprudencia ha sido clara y contundente en afirmar que son partidarios, por una parte, de acoger la tendencia moderna, es decir, de optar por un criterio de imputación objetiva, fundado en el riesgo de la cosa o de su actividad, y por otra, sin duda alguna propende por una mejor garantía y protección de la víctima, al asegurar por esta senda el derecho a su reparación integral, con la vinculación solidaria de todos los sujetos comprometidos con el vehículo automotor causante del daño.

El ordenamiento jurídico peruano, bajo su precisión y coherencia, nos enseña que en el escenario del ejercicio de actividades peligrosas como las que implica un automotor, sus normas, decisiones y actuaciones, se articulan a la luz de su Estado Social y que la interpretación de la norma con ocasión de un daño, debe estar permeada del principio de favorabilidad a la víctima.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Por esa senda, frente a la complejidad que reviste el contrato leasing automotor, ha establecido que la autonomía negocial de las partes, no puede entrar a regular, menos alterar los presupuestos de responsabilidad civil extracontractual y peor aún incursionar en esos terrenos para limitar o escoger *ad libitum* quien debe responder o no, por cuanto esa ha sido labor soberana del legislador y no facultad dispositiva de las partes negociales, en palabras de la Corte peruana, “*la fuente de las obligaciones en la responsabilidad extracontractual es la ley y no el contrato*”¹⁵⁹.

6.3. REPÚBLICA DE CHILE

En el ordenamiento chileno existen dos momentos; el primero comprende el periodo que va desde el año 1997 al 2005, y otro, desde este último año hasta la actualidad, en el primero, las propietarias del automotor leasing, respondían de forma solidaria con el locatario y conductor del automotor entregado en leasing. Su responsabilidad surgía, en razón de su condición de propietaria y por el hecho de haber consentido su uso en favor de otro (locatario), lo que implicaba su participación en la creación del riesgo generado por el automotor, de esta forma, respondía de forma objetiva y solidaria, bajo la única condición que el conductor resultare ser responsable judicialmente; en otras palabras, su responsabilidad por haber consentido el uso en virtud del contrato, surgía automáticamente y como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de la del conductor, dicho de otra manera, la responsabilidad surge en razón de los deberes que conlleva frente a terceros el ejercicio del derecho de dominio sobre el automotor.

Así pues, la Ley No. 19.495 de 1997 que reformó la Ley de Transito N° 18.290 de 1984 vigente desde la data, consagró la responsabilidad solidaria del propietario con los demás actores inmersos causantes de los daños producidos por un

¹⁵⁹ Cfr. Casación Caso “Callao”.

automotor. En ese sentido el actual artículo 174 actual de la ley de tránsito, consagra que:

“(…) El conductor, el propietario del vehículo y el tenedor del mismo a cualquier título, a menos que estos últimos acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad, ***son solidariamente responsables de los daños o perjuicios que se ocasionen con su uso, sin perjuicio de la responsabilidad de terceros de conformidad a la legislación vigente***”¹⁶⁰. (Negritas y cursivas nuestras)

La inteligibilidad de la norma debe entenderse como,

“No resulta lógico entender que una persona pueda ser condenada a indemnizar perjuicios únicamente por ser dueña de un vehículo. La correcta inteligencia de la norma es, según nuestro entender, que ***el dueño del vehículo sólo debe responder cuando judicialmente se resuelva que con ese vehículo el conductor causó daños a un tercero por haber incurrido en un delito o cuasidelito civil***”¹⁶¹. (Negritas y cursivas nuestras)

En este sistema jurídico, para que exista la responsabilidad solidaria del dueño del automotor, se requiere única y exclusivamente que *“el conductor del vehículo sea culpable del hecho que produjo el daño”*¹⁶², a juicio de un Tribunal chileno: *“la responsabilidad del propietario no es independiente de la del conductor del vehículo, supone que éste haya cometido un ilícito”*¹⁶³.

De lo expuesto y de los fundamentos legales invocados, se desprende una conclusión lógica, en dicho régimen, por regla general, el propietario del vehículo, *per se*, responde frente a terceros por los daños que cause el automotor, ello en

¹⁶⁰ LEY DE TRANSITO DE CHILE, N° 18.290, de 7 de Febrero de 1984, la presente ley ha sido objeto de varias reformas; en materia de responsabilidad ver las siguientes reformas: Ley 19.495 de 8 de Marzo de 1997, Ley 19.841 de 19 de Diciembre de 2002, Ley 20.068 de 10 de Diciembre de 2005.

¹⁶¹ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, República de Chile, 18 de marzo de 2011, Rol 1383-2010.

¹⁶² CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, República de Chile, 7 de septiembre de 2012, Rol 548-2010.

¹⁶³ Ibidem.

razón a que jurídicamente su derecho de propiedad sobre el bien le genera cargas y deberes en el ejercicio de tal derecho, y sólo por vía de excepción podrá liberarse de dicha responsabilidad si demuestra que en el momento de la comisión del hecho dañoso el vehículo estaba siendo usado contra de su voluntad o sin su autorización, pues en tal caso, no habrá ninguna manifestación o ejercicio del dominio sobre su automotor.

La objetividad de la responsabilidad del propietario del automotor opera bajo los siguientes presupuestos:

*(...) dicha norma se refiere exclusivamente al propietario del vehículo y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 582 del Código Civil la **propiedad o dominio es un derecho real que se tiene sobre una cosa, siendo esta norma de carácter excepcional, ya que consagra una especie de responsabilidad objetiva respecto del propietario del vehículo, sin considerar su culpabilidad en el hecho generador del daño. (...) Así, para que opere la responsabilidad objetiva contemplada en la Ley de Tránsito, basta con haberse acreditado la responsabilidad del conductor del móvil y, así mismo, la calidad de propietario del demandado sobre dicho bien***¹⁶⁴.(Negritas nuestras)

A partir del artículo 174 de la Ley de Tránsito, la jurisprudencia de diferentes Tribunales chilenos, estableció precedentes sobre casos concretos de solidaridad del propietario del automotor, con fundamento en el criterio del riesgo inherente al automotor, por el hecho de ser propietario y, por supuesto, por consentir su uso a un tercero.

El Tribunal Valparaíso, estableció al respecto:

El contrato de arrendamiento lo celebró (el propietario del vehículo) **con un tercero, de manera tal que por el efecto relativo de los contratos, sus cláusulas no**

¹⁶⁴ ZAVALA ORTIZ, José Luis, Director Ejecutivo I-JURIDICA, "Fallos & Tendencias", *Líneas y Tendencias Jurisprudenciales*, "Accidente de Tránsito. Responsabilidad Dueño Vehículo" Disponible en:<http://www.i-juridica.com/2013/04/27/accidente-de-tr%C3%A1nsito-responsabilidad-due%C3%Bl%20o-veh%C3%ADculo/>.

obligan más que a sus otorgantes, sin que por lo demás, se pueda aceptar que el propietario de un vehículo, que cause un accidente queda exento de responsabilidad, al celebrar un contrato de esta naturaleza, ya que dicho contrato, no obstante, cualquier estipulación entre las partes que lo celebraron supone el cabal conocimiento del arrendador, que ese vehículo puede ser usado por otra persona, distinta del arrendatario, con lo cual acepta tácita y anticipadamente tal hecho. La norma del artículo 175 inciso tercero de la Ley Nº 18.290 se refiere a la responsabilidad del tenedor o poseedor del vehículo, en el aspecto infraccional, únicamente y no en relación con la responsabilidad civil que le asiste al propietario del vehículo¹⁶⁵. (Negritas, paréntesis y cursivas nuestras)

Conforme a lo anterior, es claro apreciar que, como ya se dijo, solo se requiere la responsabilidad del conductor¹⁶⁶ y en consecuencia nace la del propietario; frente a este último la responsabilidad es objetiva por el simple ejercicio de su derecho de dominio.

Tanta es la entidad de la objetividad de dicha responsabilidad, que al propietario no le es admisible para liberarse de la misma, aducir que no es responsable por cuanto en virtud de un contrato transfirió la tenencia del automotor y además, en la misma convención pactó una “promesa de venta”, ello pese a que, atendiendo a la naturaleza del contrato de promesa de compraventa, y de sus prestaciones, el mismo no puede entenderse para estos efectos sino como un precontrato, a partir del cual el promitente vendedor empieza a desprenderse de su derecho de dominio, más si ha efectuado de manera anticipada, como en este caso, la entrega real y material del vehículo, sin embargo, pese a esa fuerza vinculante de la promesa, sigue gravitando su responsabilidad en esta clase de accidentes en razón del riesgo y la objetividad de esta especie de responsabilidad. Bajo esta premisa, el Tribunal de Apelaciones de Puerto Montt, sostuvo:

¹⁶⁵ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, República de Chile, 20 de julio de 2006, Rol 158-2006. Cfr. Zavala Ortiz.

¹⁶⁶ Ibidem.

*“(…) el artículo 174¹⁶⁷ (...) permite al propietario del vehículo excepcionarse de la reparación acreditando que éste fue usado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita, tampoco nos encontramos en esta situación puesto que, tal como lo señala la cláusula quinta del contrato, **el promitente vendedor consiente en el uso del vehículo por parte del promitente comprador**, a contar de la fecha de este contrato¹⁶⁸. (Negritas y cursivas nuestras)*

Por último hay que resaltar dentro de la legislación chilena, al propietario del automotor, ni siquiera le es admisible excepcionar la debida diligencia empleada en el ejercicio de su derecho de dominio, pues depende única y exclusivamente de la responsabilidad del conductor, si aquel de alguna forma lo consintió; pues esta especie de responsabilidad se encuentra al margen de cualquier componente subjetivo en el propietario.

6.3.1 CONTRADICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL PROPIETARIO DEL AUTOMOTOR

Como quedó dicho, existe una segunda etapa o momento del régimen jurídico de la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad peligrosa en el ramo de la conducción de automotores. En efecto, el legislador chileno cayó en una contradicción que evidentemente resquebraja la filosofía y esencia del art. 174 de la Ley de Tránsito e incluso la protección altruista a favor de las víctimas, produciendo una incoherencia en el tratamiento de la responsabilidad civil de los propietarios de automotores ante terceros.

Dicha disparidad surgió cuando el legislador reformó la Ley de Tránsito, mediante la Ley 20.068 de 2005 abrió una puerta para que la responsabilidad del propietario de automotores leasing quedara limitada únicamente al valor patrimonial del

¹⁶⁷ Actualmente el artículo 174, es el No. 169 de la Ley de Tránsito chilena.

¹⁶⁸ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, República de Chile, 27 de septiembre de 2006, Rol 470. Cfr. Zavala Ortiz.

vehículo causante del daño, extendiendo dicha reforma a todo propietario de un automotor que dentro de un contrato de arrendamiento haya pactado en favor del arrendatario una “opción de compra”; limitando de esta manera la responsabilidad extracontractual de aquel, como si se tratara de un propietario especial o calificado por el solo hecho de haber pactado contractualmente dicha opción.

Sin embargo, debe precisarse que en el régimen chileno, para que la opción de compra pueda ser alegada por el propietario del automotor como causal de exoneración, ésta debe ser inscrita en el correspondiente registro automotor y además tener el carácter de irrevocable, esto es, que el propietario no puede declinar la opción concedida.

En la mentada reforma, al actual artículo 174 se le añadió un inciso final que consagra: “(...) *“La responsabilidad civil del propietario del vehículo¹⁶⁹ será de cargo del arrendatario del mismo cuando el contrato de arrendamiento sea con opción de compra e irrevocable y cuya inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados¹⁷⁰ haya sido solicitada con anterioridad al accidente”.*¹⁷¹ Y

¹⁶⁹ La noma no establece la condición de que el propietario-arrendador, deba estar adscrito al sistema financiero, lo que implicaría que **(i)** todo propietario-arrendador de vehículos, pacte una opción irrevocable, **(ii)** lo registre y, **(iii)** se exonere de cualquier responsabilidad extracontractual, el resultado material es **(iv)** una(s) víctima(s) desprotegida(s) frente a la obligación del propietario leasing, contrario a todo el esquema de responsabilidad objetivo que el mismo legislador le dispuso.

¹⁷⁰ Para que pueda operar la exención de responsabilidad civil consagrada en el inciso final del artículo 174 recién transcrito, se requiere: **a.-)** La existencia de un contrato de arrendamiento con opción de compra o leasing; **b.-)** Que la opción sea irrevocable; y **c.-)** Que la inscripción del contrato se haya solicitado en el Registro de Vehículos Motorizados con anterioridad al accidente (CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Chile, 11 de septiembre de 2014, Rol 761-2014).

¹⁷¹ En el informe del debate de la reforma, uno de los diputados “Elgueta” hizo la siguiente consideración: *“Tiene la palabra el diputado señor Elgueta...Este artículo dice mucho y a la vez no dice nada, porque si el conductor y el propietario son solidariamente responsables de los daños y perjuicios, a menos que la otra persona lo haya usado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita, en el caso del leasing, arrendamiento con opción de compra, no cabe la menor duda de que el propietario del vehículo consintió en su uso. Incluso, existe un contrato que debe ser inscrito. El proyecto dice que ese arrendatario con opción de compra sería el responsable civil. Sin embargo, más adelante se expresa que el afectado -es decir, la persona dañada- podrá ejercer sus derechos sobre el vehículo arrendado que, a su vez, también pertenece al propietario. De manera que, en la práctica, esta disposición no agrega nada y, en cambio, origina confusión, porque la responsabilidad puede ser solidaria o subsidiaria. En este caso, no se sabe si es conjunta, o si es subsidiaria o solidaria. Digo esto porque, según el caso, tiene distinto efecto jurídico”.* (...) La respuesta del diputado ponente señor René Manuel García, del inciso que exonera a las Leasing, de forma errónea manifestó que la intención de dicha norma era que la responsabilidad debía recaer sobre el arrendatario porque se trata de un “compromiso de venta”. El error se presenta cuando, da por sentado

seguidamente establece “*En todo caso, el afectado podrá ejercer sus derechos sobre el vehículo arrendado*”¹⁷².

Como vemos, en el régimen chileno actual, el propietario del automotor leasing y de todo propietario de vehículos entregados en arrendamiento con opción de compra, pese a que cumplan con los requisitos de publicidad y de irrevocabilidad de la opción, jamás podrán liberarse de toda responsabilidad, pues por ministerio legal se ha creado, al menos contra el propietario, una responsabilidad que bien puede llamarse “real”, esto es, que su obligación resarcitoria siempre gravitará sobre el valor del automotor causante del daño.

La limitación de la responsabilidad en la forma advertida, resulta inequitativa, no guarda la uniformidad jurídica propia del ordenamiento chileno frente al régimen de responsabilidad civil del propietario de automotores, toda vez que el propietario que ha pactado en el arrendamiento una opción de compra y el propietario que ha entregado bajo cualquier título la tenencia del bien, para estos efectos, no son diferentes; los dos devengan un provecho, los dos consienten su uso, los dos ejercen la posesión del bien mediante un acto jurídico. El hecho de pactar una opción de compra a favor del tenedor, en nada cambia la responsabilidad objetiva que le corresponde por cuanto ha consentido su uso en favor de otro.

Finalmente, se insiste en la contradicción de la reforma, por cuanto en el art. 174 ya citado, se establece la solidaridad de todas las personas relacionadas con el automotor, incluido el propietario, aun cuando este se haya desprendido de la tenencia del bien en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de

que el locatario “siempre va a adquirir el automotor” como si se tratase de una promesa de venta, y no de una “opción” cuyo tratamiento es muy diferente: al respecto el ponente de la norma: “*Es bueno aclarar este aspecto porque la gente arremetía contra la empresa que arrendaba el vehículo con compromiso de venta, dejando libre de responsabilidad al arrendatario. Entonces, cuando existe un contrato mediante el cual una persona se compromete a adquirir el vehículo, ésta pasa a ser la responsable, aunque lo esté pagando en cuotas*”, bajo ese debate fue aprobado. (Cfr. Óp. cit. Normas de la Nación en línea, Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=18290#1740>).

¹⁷² Cfr. ultimo inciso del artículo 174.

compra, evento en el cual el propietario responde limitadamente. Sin embargo, para citar un ejemplo, si el propietario se desprende de la tenencia material del vehículo en razón de un contrato de promesa de compraventa, negocio libre y voluntario, revestido de una fuerza vinculante para las partes del citado negocio jurídico, termina respondiendo de forma plena, y no sucede lo propio en el arrendamiento con opción de compra, la cual solo es vinculante para la propietaria leasing, pero la opción, respecto al arrendatario sigue siendo meramente eso, una mera expectativa de adquisición consagrada en favor de él, sometida a su decisión, y no un compromiso vinculante de adquisición, conllevando una falta de coherencia en la responsabilidad frente al propietario.

6.4. REPÚBLICA ARGENTINA

En Argentina la situación no es diferente a la de Colombia, pues actualmente las propietarias de automotores leasing no responden por los daños causados frente a terceros, tanto así que la doctrina argentina aduce que *“la nueva orientación del instituto es evidentemente beneficiosa para el dador del leasing”*¹⁷³, sin embargo dicho ordenamiento reviste especial connotación por lo siguiente:

El Código Civil y Comercial Unificado¹⁷⁴ vigente en Argentina desde el año 2015, tiene un antecedente legislativo similar, denominado “Código Civil Unificado de 1998”, en el cual se pretendía garantizar el derecho de reparación de las víctimas mediante una póliza de seguro, tomada por la propietaria leasing¹⁷⁵, así:

¹⁷³ MOLINA SANDOVAL, Carlos, *“Proyecciones del derecho de daños y de consumo sobre el contrato de leasing en la República Argentina”*, Selected Works, disponible en: http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/36/.

¹⁷⁴ El actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, también conocido como Código Civil Unificado, o por sus siglas CC y C, vigente desde 1 de agosto de 2015, es el cuerpo legal que reúne, las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina, este novedoso Estatuto, ha reemplazando al Código Civil de 1869 y al Código de Comercio de 1862.

¹⁷⁵ *“En los fundamentos del Proyecto del Código Civil de 1998, la prevención tiene un sentido profundamente humanista, pero a la vez es económicamente eficiente, porque la evitación de daños no solo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el punto de vista macroeconómicos: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia. La idea de una responsabilidad civil eficiente*

“el dador del leasing tiene la carga de contratar un seguro que cubra contra los riesgos ordinarios de responsabilidad civil que puedan causar los bienes objeto del contrato. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación, o, en defecto de ésta, los que sean razonables. El damnificado tiene acción directa contra el asegurador, en los términos del contrato de seguro. El dador es responsable en los términos del art. 1661 únicamente en los casos que no haya contratado este seguro. (...) La responsabilidad del tomador se juzga según el art. 1635.¹⁷⁶(Negritas y cursivas nuestras).

A su vez, el actual Estatuto Civil y Comercial en su artículo 1757 consagra la responsabilidad objetiva, por el “hecho de las cosas y actividades riesgosas”, de la siguiente forma:

“Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”¹⁷⁷

Sin embargo, en su artículo 1243 ha consagrado lo siguiente: *“La responsabilidad objetiva emergente del artículo 1757 recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en leasing”¹⁷⁸*. Es decir, que la responsabilidad objetiva aplica para todo propietario de automotores, a excepción de la propietaria leasing.

impone el costo del accidente al “evitador” más barato y esto, vinculado con lo anterior, tiende a producir una sociedad con mayor riqueza dinámica. (Cfr. RAMONDA, Margarita, “Leasing, y exclusión de la responsabilidad objetiva del dador en la jurisprudencia, su crítica”, Universidad Nacional del Rosario, República de Argentina, pág. 26.)

¹⁷⁶ Cfr. Óp. cit. MOLINA SANDOVAL.

¹⁷⁷ Artículo No. 1757, Ibídem.

¹⁷⁸ Artículo No. 1243 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

De entrada se aprecia que la nueva norma contenida en el art. 1243, constituye una clara limitación, regresiva por cierto, de la responsabilidad objetiva del propietario leasing, pese a que otro artículo de la misma normatividad establece la solidaridad entre el propietario, por el hecho de esa sola calidad, con el guardián de la cosa, y frente a lo cual, al primero no le es válido ni siquiera alegar que la cosa fue usada en contra de su voluntad:

“El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. (...)”¹⁷⁹

De igual forma, el artículo 1243, limita la responsabilidad objetiva que el propietario del automotor leasing tiene cuando el mismo bien comprende el desarrollo de una actividad peligrosa por parte del locatario y de la que ambos obtienen un provecho, ello se advierte cuando dicho Estatuto Civil consagró que *“En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros (...)”*¹⁸⁰.

El legislador argentino, reforzó la no responsabilidad de la propietaria leasing al consagrar la oponibilidad del contrato de leasing para liberarse de la responsabilidad civil frente a terceros, siempre y cuando el documento contentivo del contrato haya sido inscrito en el correspondiente registro¹⁸¹:

¹⁷⁹ Artículo No. 1758, *Ibídem*.

¹⁸⁰ Inciso segundo del artículo No. 1758, *Ibídem*.

¹⁸¹ Para la Doctrina argentina, el registro únicamente debe tener efectos frente a terceros que tengan vinculación con el contrato de leasing automotor, y no así, frente a los terceros dañados por un accidente de tránsito, el fundamento de ello, lo sostienen de la siguiente forma: *“En la ratio legi, se refiere a terceros que tengan vinculación con el negocio, y puedan recibir sus efectos, pero no a terceros dañados por un ilícito alquiliano. Es un absurdo pensar que la víctima puede conocer esa anotación y, por ende, estará en peor condición quien es atropellado por un automóvil cuyo uso y goce se dio por un contrato de leasing registrado frente al que no lo está.”* (RAMONDA, Margarita, *“Leasing, y exclusión de la responsabilidad objetiva del dador en la jurisprudencia, su crítica”*, Universidad Nacional del Rosario, República de Argentina, pág. 19.)

“A los efectos de su oponibilidad frente a terceros, el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto. La inscripción en el registro puede efectuarse a partir de la celebración del contrato de leasing, y con prescindencia de la fecha en que corresponda hacer entrega de la cosa objeto de la prestación comprometida. Para que produzca efectos contra terceros desde la entrega del bien objeto del leasing, la inscripción debe solicitarse dentro de los cinco días hábiles posteriores. Pasado ese término, produce ese efecto desde que el contrato se presente para su registración. Si se trata de cosas muebles no registrables o de un software, deben inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar donde la cosa se encuentre o, en su caso, donde ésta o el software se deba poner a disposición del tomador. En el caso de inmuebles, la inscripción se mantiene por el plazo de veinte años; en los demás bienes se mantiene por diez años. En ambos casos puede renovarse antes de su vencimiento, por rogación del dador u orden judicial”¹⁸².

Con la anterior situación el legislador argentino, al igual que lo ha venido haciendo nuestra Corte Suprema de Justicia, limitó el marco de la responsabilidad en el contrato de leasing frente al propietario, reduciéndolo, justamente, a ámbitos contractuales, sin tener en cuenta el tenor normativo de su sistema de responsabilidad civil frente a los propietarios de automotores, cayendo en una clara, evidente y resquebrajante contradicción, perjudicial para las víctimas; ello lo explica de mejor forma la doctrina argentina:

*“Este esfuerzo, si se quiere forzado, se debe a que no se preocupa el intérprete, de ver al derecho como un sistema complejo de normas jurídicas, económicas y de realidades vitales. (...) El análisis bifronte e inadecuado del concepto de tercero, es decir la falta de unidad para la calificación del ajeno al negocio, tiene un resultado práctico innegable cual es la limitación extrema de los obligados al pago de la reparación, porque resarcirá únicamente el tomador, con el riesgo de su eventual insolvencia que frustrará el derecho a la indemnización si no se encuentra asegurado o lo está en una compañía en crisis”.*¹⁸³

¹⁸² Artículo No. 1234, *Ibidem*.

¹⁸³ RAMONDA, Margarita, “Leasing, y exclusión de la responsabilidad objetiva del dador en la jurisprudencia, su crítica”, Universidad Nacional del Rosario, República de Argentina, pág. 20 y 25.

Frente a la responsabilidad objetiva de los propietarios y la excepción estatuida por el Legislador existe una marcada tendencia a favorecer a las sociedades de leasing, como si fuese una política del gobierno argentino¹⁸⁴;

“Las razones que la justifican pueden ser varias, pero según se desprende de la lectura de los antecedentes normativos, existe un marcado criterio economicista, revelado con claridad al excluir la responsabilidad del titular del bien objeto de leasing. Sucede, sin embargo, que la solución puede ser rechazada por el cuerpo de normas, si el análisis económico contradice principios de justicia de reparación del daño injustamente sufrido”¹⁸⁵.

La exoneración de las sociedades de leasing ha generado una marcada disidencia en la doctrina nacional de dicho país, pues presenta una acentuada contradicción con el carácter altruista de varias de las normas que establecen, entre otros, el derecho a la reparación integral; al respecto han sostenido: *“(...) con la actual redacción legal (...) el dador del leasing ni siquiera responde con la cosa dada en leasing. Dicha disposición contraría una lógica interna del sistema resarcitorio previsto por el ordenamiento civil, pues la víctima no podrá cobrarle al dueño de la cosa, ni siquiera con la cosa que le ocasionó el daño”¹⁸⁶.*

En esa misma línea, afirman que la norma se ha convertido en un arma jurídica letal para las víctimas acaecidas por el leasing automotor, en la medida en que ni siquiera le ordena a la leasing tomar una póliza de seguro de responsabilidad civil, pues así lo hace ver dicha doctrina: *“en el caso, quien debe cargar con estos costos resarcitorios (léase: limitación de la responsabilidad) será la víctima del daño ocasionado con la cosa. Al sujeto dañado por la cosa dada en leasing, se trasladan directamente los costos de exonerar al dador”¹⁸⁷.*

¹⁸⁴ Cfr. MOLINA, Carlos.

¹⁸⁵ Cfr. Óp. cit. RAMONDA, pág. 14- 15.

¹⁸⁶ Cfr. Óp. cit. MOLINA SANDOVAL.

¹⁸⁷ Cfr. Ibídem.

De igual forma, la doctrina argentina establece que conforme a la arquitectura y diseño democrático de su Estado, *“la contradicción se ha tornado evidente: por un lado, el utilitarismo e interés económico, en sí mismos y por otro, el valor de la persona, su supervivencia, sus sentimientos, su calidad de vida, su dignidad, etc., y en medio de esta contradicción, la potencialidad del riesgo, como situación a contemplar y resolver”*¹⁸⁸, es por ello que otro sector de la doctrina manifiesta que,

*“Podría cuestionarse la constitucionalidad del precepto normativo así: i) tratándose de un apartamento al principio de indemnización integral debe tener fundamentación; ii) conlleva una violación al principio de igualdad atento que un mismo daño, ocasionado a una misma persona, y por una misma cosa, difiere su tratamiento por el sólo hecho de haberse contratado leasing; iii) el fundamento de la norma carece de razonabilidad, en el sentido que la mera financiación mediante leasing no puede constituir el divisorio sustancial entre el deber de reparación con el bien dado en leasing; iv) también afecta el derecho de propiedad (arts. 14 y 17, CN), por cuanto importa detraer la posibilidad de que la víctima vuelva al estado patrimonial que tenía antes del daño”*¹⁸⁹.

6.5. LA INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT - CONVENCIÓN DE OTTAWA DE 1988, EN LOS REGÍMENES JURÍDICOS INTERNOS DE LOS ESTADOS.

En el escenario jurídico internacional, tenemos la Convención de Ottawa de 1988 sobre el “arrendamiento financiero internacional”, proferida por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, más conocido por sus siglas “UNIDROIT”. Los principios del UNIDROIT son instrumentos de comercio internacional, aplicables cuando las partes lo hayan pactado de forma expresa. Esta convención propende por la unificación de reglas aplicables a los contratos de leasing internacional, o para suplir situaciones no previstas por las partes del contrato.

¹⁸⁸ Cfr. Óp. cit. RAMONDA, Margarita, pág. 23.

¹⁸⁹ Cfr. Ibídem.

Sin embargo, los mismos principios del UNIDROT establecen que las convenciones o normas de este instituto “*pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional*” o “*pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales*”¹⁹⁰.

En ese orden de ideas, la Convención de Ottawa en su artículo 8º, numeral 1º, literal b) establece y sugiere que “*El arrendador no será, en su calidad de arrendador, responsable ante terceras personas por la muerte, lesiones personales o daños patrimoniales causados por el equipo*”¹⁹¹, razón por la cual podemos advertir que dichos legisladores, optaron por apadrinar la exclusión internacional de la responsabilidad extracontractual de la sociedad de leasing frente a los daños causados con el automotor de su propiedad.

La tendencia de los legisladores, argentino, en tanto excluye la responsabilidad del propietario del automotor leasing, situándola únicamente en la esfera contractual, es decir, inter partes, y del chileno, cuando la limita y reduce al valor del bien entregado en leasing, constituyen un reflejo de los postulados y principios que en esta materia ha establecido el UNIDROIT, los cuales, pese a constituir una normatividad internacional, no resultan vinculantes para las legislaciones internas, más cuando dichos principios contradicen la tendencia bajo la cual el ejercicio de la actividad de conducción es catalogada nacional e internacionalmente como peligrosa, escenario, que como quedó visto, funda una responsabilidad objetiva y solidaria de todos los agentes productores del daño, cuyo criterio de atribución es el propio riesgo inherente al automotor, ello por una parte y, por otra, sustentada, además, en una responsabilidad de propietario, por cuanto participa directamente ejerciendo su derecho de dominio ya sea mediante el uso del automotor o consintiendo su uso o tenencia hacia otro por medio de un acto jurídico válido. Es claro que el ejercicio del derecho de dominio sobre el automotor

¹⁹⁰ Declaración Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales del año 2010.

¹⁹¹ La Convención de Ottawa de 1988, haciendo alusión al contrato de leasing financiero internacional.

encarna y conlleva también cargas y obligaciones, por lo tanto, pretender justificar a nivel internacional la exoneración de la propietaria leasing del automotor bajo argumentos como los de “registro contractual”, o “la irrevocabilidad de la opción de compra”, termina contradiciendo todo este catálogo de principios, que hoy nutren el moderno derecho de daños.

6.5.1 LAS NORMAS DEL UNIDROIT RESPETAN LA SOBERANÍA LEGISLATIVA Y JURÍDICA DE LOS ESTADOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PROPIETARIAS DEL AUTOMOTOR ENTREGADO EN LEASING

No obstante lo anterior, es necesario precisar, que las normas o principios UNIDROIT, como herramientas normativas de comercio internacional, requieren ser acogidas por Convención entre los Estados partes, por lo tanto, dicha normatividad *per se* no es obligatoria, salvo que determinado país así lo establezca.

Ello por cuanto son las mismas disposiciones del UNIDROIT las que regulan su ámbito de aplicación y en estos términos: *“Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”*¹⁹², de allí que algunos de sus principios únicamente “sugieran” su adopción como “modelo” para los legisladores nacionales, pero se reitera sin fuerza vinculante para los Estados, guardándose estos su autonomía o soberanía legislativa en esta materia, como sucede con el régimen jurídico de la República del Perú, según quedó visto.

¹⁹² El artículo No. 1.4 de la Declaración de los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

Conforme a lo anterior, los referidos principios contemplan el respeto por las legislaciones nacionales, incluso la Convención de Ottawa, consagra que el equipo entregado en leasing puede causar cualquier clase de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, pues no es otra la conclusión a la que se llega a partir de la disposición que contempla la responsabilidad, “*por la muerte, lesiones personales o daños patrimoniales causados por el equipo*”¹⁹³, por supuesto, daños generados por el automotor leasing,

En materia de responsabilidad frente a terceros de las propietarias del automotor leasing, la Convención de Ottawa antes aludida, si bien en principio sugiere su exclusión por su calidad de “arrendador o dador”, a renglón seguido, establece en su artículo 8º, numeral 1º, literal c): “*Las disposiciones del presente párrafo no regirán la responsabilidad que le quepa al arrendador por cualquier otra calidad, por ejemplo como propietario*”¹⁹⁴. (Negritas nuestras).

Abre con ello la posibilidad de que los distintos regímenes de los Estados establezcan una responsabilidad a partir de la calidad y del ejercicio del derecho de propiedad, como en efecto se presenta en algunos países ya vistos¹⁹⁵.

6.6. LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO DE LA FLORIDA DE EE. UU, EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN SUECIA

¹⁹³ Ibídem, literal b).

¹⁹⁴ La Convención de Ottawa en su artículo 8º, numeral 1º, literal c).

¹⁹⁵ La profesora María de la Sierra Flores Doña, titular de derecho mercantil de la Universidad de Complutense de Madrid, sostiene que Convención de Ottawa, ofrece un inadecuado tratamiento de responsabilidad civil extracontractual de las sociedades de leasing, pues afirma que; “*El tratamiento de la responsabilidad extracontractual de la sociedad de leasing frente a los terceros por los daños ocasionados por defectos del bien objeto del contrato no es correcta. En primer lugar, porque no es un tema específico del contrato de leasing sino de responsabilidad extracontractual y, por tanto, la cuestión debe ser tratada en un Texto general de contratación internacional y no en uno específico sobre el contrato de leasing. En segundo lugar, porque técnicamente es deficiente, ya que el legislador internacional se limita a indicar, que “el arrendador no será como tal responsable ante terceras partes por muerte, daño a las personas o daño a los bienes ocasionados por el equipo” (art. 8.1.b), por lo que la solución definitiva habrá de hacerse a la luz de los principios ordenadores de la Teoría general de obligaciones y contratos contenidos en la normativa nacional aplicable al caso concreto*”. (FLORES DOÑA, María de la Sierra, “*El Leasing Financiero Internacional en el Tratado UNIDROIT*”, Responsabilidad de la Sociedad de Leasing frente a tercero.1998. pàg. 42.).

En el concierto internacional de la responsabilidad civil, existen algunos ordenamientos jurídicos que han visto en la póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores, la solución a la reparación del daño causado a las víctimas, *“mediante el cual la carga económica se desplaza del agente productor del daño a la aseguradora”*¹⁹⁶, tomada principalmente por el propietario del vehículo.

En estos ordenamientos al propender por un seguro obligatorio, opera una responsabilidad objetiva generada por el riesgo creado con los automotores, pues se da por sentado que el daño está ocasionado y solo hay que repararlo, para ello, se deposita una carga legal en el agente causante del daño que es la de tomar una póliza de seguro de responsabilidad civil, con el objeto de prever el riesgo y garantizar la reparación de los daños causados a terceros.

En este tipo de sistemas, se parte de una tasación anticipada de los daños y perjuicios que se pueden causar, mediante una póliza de seguros; en pocas palabras, la ley le indica al tomador cuál es el monto a asegurar frente a cada tipo de daños y de esta forma se establece un techo o límite, representado en el valor asegurado en la póliza.

En este tipo de regímenes, no importa si el propietario del automotor es la leasing o una persona natural, comerciante o no, todos tienen la obligación aseguraticia, pues la reparación de cualquier tipo de daños causados a terceros se garantiza a partir del amparo cubierto por la póliza, es la función y política pública aseguraticia de la responsabilidad, como tendencia del moderno derecho de daños.

La filosofía de estos sistemas, es propender por otorgar una garantía, al menos una segura reparación, aunque estandarizada, a la mayor cantidad de víctimas,

¹⁹⁶ SÓTES GARCIA, Isabel , *“A Propósito de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos A Motor”*, artículo jurídico disponible en:<http://docplayer.es/544927-A-proposito-de-la-ley-sobre-responsabilidad-civil-y-seguro-en-la-circulacion-de-vehiculos-a-motor.html>

dispensándoles de entrada una acción directa contra la aseguradora del automotor.

Este es el caso del Estado de la Florida de EE. UU¹⁹⁷, en este sistema asegurativo del daño, se establece legalmente un límite al monto de la indemnización, el cual debe estar representado en el valor asegurado en la póliza, es decir, el juez podrá indemnizar hasta lo dispuesto por la póliza, para ello, la ley de circulación únicamente le indica al tomador de forma previa al daño, cuál es el monto a asegurar frente a cada tipo de daños.

Otro escenario muy similar se presenta en la Unión Europea que expidió en el año de 1995 la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en éste régimen, la ley no le ordena al tomador asegurar cuál o qué monto debe cubrir la póliza, sino que establece un “baremo” al Juzgador quien conforme a ello determinará cuál es el monto a indemnizar para cada tipo de daños.

Por su parte, sistemas como el de Suecia, han migrado hacia un “seguro social” por accidentes de tránsito, algo así como lo que se conoce en Colombia como el Sistema de Riesgos Laborales, con la diferencia de que en Suecia, el que indemniza en principio es el Estado y subsidiariamente las aseguradoras:

“Suecia adoptó en 1975 un sistema para los daños corporales comunes, inspirado en las ideas que el profesor Tunc presentó en los años sesenta, y en el sistema imperante en Nueva Zelanda a partir de la Ley Accident Compensation Act, en vigor desde el 1 de abril de 1974 (esta última suprime totalmente el régimen de responsabilidad civil para transformarlo en otro de indemnización automática, a cargo del Estado). Se trata de un seguro obligatorio a favor de todas las víctimas incluidos

¹⁹⁷ Cfr. LOS ESTATUTOS DE LA FLORIDA, título XXIII “Vehículos De Motor”, capítulo 324 “Responsabilidad Financiera”. Disponible en: http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?mode=View%20Statutes&SubMenu=&App_mode=Display_Statute&Search_String=liability+of+the+leasing+company&URL=0300-0399/0324/Section%20s/0324.021.html.

los conductores. Por lo tanto se aprecia la ventaja de que no existen apenas procesos para fijar las indemnizaciones en el ámbito de los accidentes de tránsito, y los topes de responsabilidad civil se encuentran exclusivamente dentro de la garantía del seguro. Es de señalar que el Estado indemniza los daños corporales y una parte de las pérdidas económicas sin que exista recurso contra las compañías aseguradoras, de tal forma que éstas solo indemnizan el resto, a fin de cubrir hasta la totalidad las pérdidas económicas¹⁹⁸.

Evidentemente la póliza de seguro implica una onerosidad frente a la actividad del automotor, para lo cual es necesario aducir que este tipo de sistemas solo subsiste en la medida en que exista una economía fuerte y sólida, donde además el ingreso per cápita de una persona común, por ejemplo, no comerciante, tenga la capacidad de asumirlo; así mismo, los sistemas de seguros sociales de la responsabilidad, como el de Suecia, evidencian el carácter sólido de una economía, donde incluso el mismo Estado tiene la capacidad económica para entrar a responder por los hechos o comportamientos dañosos de otro, quitándole cargas a los individuos que en un sistema como el colombiano están llamados a responder con su propio patrimonio, dado que nuestro sistema de responsabilidad aún no ha avanzado hacia la función preventiva, como sucede allá.

Lo anterior adquiere coherencia en la medida que el Estado Sueco es considerado como uno de los Estados sociales y asistenciales, o también llamados “paternalistas”, más fuertes en el concierto internacional, producto de su solidez económica, armonizada con su estructura y diseño constitucional.

7. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

En el régimen jurídico colombiano, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas ha sido desarrollada por vía jurisprudencial. Bajo esa premisa, la Corte Suprema de Justicia ha trazado un precedente, la exclusión de

¹⁹⁸ *Ibíd*em

la responsabilidad de las propietarias de automotores leasing, ello con fundamento en que éstas carecen de la guarda material del automotor que se ve inmerso en la actividad peligrosa causante del daño, toda vez que mediante un contrato de leasing han transferido su tenencia a un tercero, en consecuencia, dicho tenedor en virtud de la relación negocial del leasing, es el único responsable de los daños causados a terceros por cuanto tiene a su cargo, el poder de dirección y control sobre el automotor.

En cuanto a los ordenamientos y sistemas jurídicos internacionales vistos, en materia de la responsabilidad civil extracontractual devenida por los daños ocasionados a terceros en ejercicio de la conducción de automotores, consagran que dicha actividad implica un “riesgo” para la sociedad, de allí que todos hayan tipificado en sus legislaciones esta clase de responsabilidad civil a partir de dicho criterio objetivo, e incluso, que en varios casos, se les imponga a los responsables una obligación aseguraticia para garantizar la indemnización de las víctimas.

También debe apreciarse que en dichos ordenamientos jurídicos, tratándose de una responsabilidad de corte objetivo, frente a los agentes del daño vinculados con el automotor, no pueden caber aspectos subjetivos de culpabilidad para la imputación de la responsabilidad como los derivados de la teoría de la guarda, ésta solo brinda operancia sobre cosas que no impliquen un riesgo, ello, por cuanto no es posible tener total control y dirección de un automotor, o emplear la diligencia y cuidado debido, cuando el riesgo siempre está latente por el hecho de ser inherente al mismo.

Por esa senda y tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, cuando se usan cosas para tal fin, como la que implica un automotor, los referidos regímenes han consagrado que la responsabilidad debe obedecer a un factor de solidaridad de los agentes vinculados en la causación del daño, fundado en el riesgo que estos crean y en el provecho devengado, por supuesto, también en el

consentimiento dado por parte del propietario para el ejercicio de tal actividad; de allí que dichos sistemas propendan por la solidaridad frente a la indemnización.

En ese mismo sentido, frente a la responsabilidad de los propietarios de automotores, estos también están llamados a responder por el ejercicio del dominio sobre estos, pues tal derecho no solo conlleva una facultad activa de prerrogativas y provechos, sino que también dichos ordenamientos establecen una obligación de “garantía” del dueño del automotor hacia las víctimas, ya sea a través de su patrimonio o trasladando dicho riesgo en cabeza de una aseguradora.

Frente a las propietarias de automotores leasing, a excepción del ordenamiento argentino, queda claro que responden, sin embargo, es importante destacar la coherencia y el tratamiento uniforme e igualitario del régimen jurídico peruano en la materia, orientado a un derecho moderno, que centra su atención en la protección de las personas vulnerables en la sociedad, en concreto, las víctimas acaecidas por la conducción de automotores.

Así mismo, habrá que indicar que algunos de estos ordenamientos, como el argentino, han acogido por encima de sus regímenes objetivos y altruistas para las víctimas, la recomendación internacional de los derechos del UNIDROIT de exonerar a las financieras leasing en su condición de “arrendadoras” del automotor, sin embargo, dejan de lado que esta norma de carácter internacional, guarda respeto por la autonomía de sus legislaciones internas.

Por último, dichos regímenes nos enseñan que si bien el guardián de la actividad peligrosa es responsable, no es el único; pues también lo serán los otros agentes causantes del daño y vinculados a la actividad del automotor, ya por su calidad de propietarios, tenedores, conductores, poseedores, pues todos concurren en la creación del riesgo y en la mayoría de los casos, devengan un provecho económico de la actividad.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y SOLIDARIA DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR LEASING EN COLOMBIA FRENTE A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS

❖ INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

Para el estudio del aspecto que compromete este acápite total de la investigación, debe formularse el siguiente problema jurídico: ¿La sociedad leasing debe responder solidariamente por los daños causados a terceros con el automotor objeto del contrato?

Con fundamento, en el contexto actual de la responsabilidad civil y del moderno derecho de daños, sí debe responder.

En orden a resolver y fundamentar esta respuesta al problema jurídico planteado, después del estudio efectuado acerca del régimen legal y jurisprudencial patrio, así como del derecho comparado, debe ahora considerarse además, el ejercicio del derecho de dominio como fuente de la responsabilidad civil, igualmente los fundamentos, principios y valores que inspiran el moderno derecho de daños a la luz de nuestra Constitución, así como el futuro de la responsabilidad civil extracontractual, para luego adentrarnos en el estudio de la crisis y el cuestionamiento de la jurisprudencia de la Corte, y así concluir en la responsabilidad de la propietaria del automotor leasing en Colombia, todo ello, con fundamento en nuestro actual Estado Social y Constitucional de Derecho.

1. EL EJERCICIO Y LOS DEBERES DEL DERECHO REAL DE DOMINIO COMO FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA

Para situar en su verdadera dimensión la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad leasing frente a los daños causados a terceros con ocasión de la actividad del automotor objeto del contrato, se ha de partir, del estudio del derecho de dominio, recordar su alcance, sus atributos y deberes.

1.1. LA TELEOLOGÍA DEL DERECHO DE DOMINIO

La historia de la propiedad privada¹⁹⁹ nos ha demostrado que fue a partir de la revolución industrial que se concibió como un derecho, el cual le otorga a una persona el dominio sobre una cosa, con la finalidad última de otorgar y generar riqueza; razón por la cual, es inconcebible considerar al derecho de dominio sin una intención económica de provecho, esto sólo es posible en la medida en que se haya perdido la posesión del bien sin el consentimiento del titular, mas no la mera tenencia, el mero uso, cuando ha sido consentida por el mismo.

¹⁹⁹ El derecho, como creación racional del hombre en sociedad, es la expresión máxima de la evolución humana, de allí que el derecho de dominio o propiedad deba ser valorado desde la historia de la humanidad; En efecto, “Se cree que el concepto de propiedad es muy antiguo. Las sociedades primitivas solían compartir ciertos derechos de propiedad, como el derecho a cazar o pescar en un determinado lugar. Aunque existía cierta propiedad personal, como las armas o los utensilios de cocina, parece ser que la propiedad real era común. La tierra no empezó a considerarse como 'propiedad privada' de personas hasta después de la Edad Media. Bajo el sistema feudal, la tierra podía ocuparse pero no se tenía la propiedad. Esta ocupación implicaba muchas obligaciones. En el sentido moderno de propiedad, tan sólo los monarcas y la Iglesia poseían la tierra, es por eso que los problemas sociales no faltaban” (...) ‘El ascenso de la burguesía a finales de la época feudal fue afectando paulatinamente a la importancia relativa de la propiedad real y personal. Históricamente, la propiedad personal no tenía importancia en comparación con la propiedad de la tierra. Por ello, casi no existía una regulación sobre la propiedad, transmisión y herencia de las propiedades personales. La creciente clase media que acumulaba riqueza podía transmitirla fácilmente mediante un testamento. Con la Revolución industrial, el consiguiente abandono de la agricultura y la aparición de acciones y bonos, la propiedad personal alcanzó la misma importancia que la propiedad real. La tierra se convirtió en un bien que podía comprarse y venderse, como cualquier otro bien” (Óp. Cit. Fundación Wikimedia, INC., el texto está disponible bajo la Licencia Creative Commons Atribución Compartir Igual 3.0, “La propiedad privada”, historia, Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Propiedad_privada). En este mismo sentido ver: BERNAL MORA, Héctor, “La Propiedad Privada, La Monogamia, El Patriarcado, La esclavitud, y el Carácter de Producción”, Publicado en revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, Universidad de Guadalajara México, 2010. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/25/hectorbernal.pdf>, Así mismo ver: Portal web “Aletheia”, “El Origen De La Propiedad Privada”, es un proyecto ideológico global con fuerte compromiso con una praxis de transformación social bajo el principio de que el ser humano es esencialmente conciencia singular y solidaria, publicado el día martes, 21 de diciembre de 2010. (Disponible en: <http://aletheia-informa.blogspot.com.co/2010/12/el-origen-de-la-propiedadprivada.html>).

Al titular de derecho de dominio, se la autoriza para apropiarse de forma exclusiva de todas las utilidades que el bien es capaz de producir, siendo una condición inherente, puesto que ineludiblemente los bienes cumplen con una finalidad económica, que no es otra que la de generar el mayor provecho o beneficio a su titular, pues si no existiere dicho fin, la institución del derecho de dominio no tendría la relevancia que tiene en los diferentes Estados, en efecto, ninguna persona necesitaría reservarse la propiedad para sí, porque el beneficio del bien sería social y no personal, de allí que sea posible la distinción de bienes públicos y privados. Lo anterior es propio de los modelos económicos capitalistas, en donde la propiedad privada y su protección, son su columna vertebral.

En ese orden de ideas, de entrada se advierte que resulta irrisorio pensar que el hecho de adquirir la propiedad y reservársela dentro del contrato de leasing automotor sea una “simple condición contractual”, más cuando, ello parece desvanecerse en la medida en que la leasing se comporta como un verdadero titular del dominio sobre el automotor: Frente al Estado paga impuestos, frente al locatario restituye el automotor, y ante terceros registra su propiedad con la intención de que su dominio tenga efectos *erga-omes*, pero también para que el ejercicio de su dominio a través del contrato sea respetado y garantizado por parte del Estado y pueda reivindicar su automotor cuando un tercero lo ha posesionado sin su consentimiento, o incluso para que en su vigencia, pueda disponer del automotor, enajenándolo, limitándolo o gravándolo jurídicamente, y lo más importante, que en virtud del ejercicio de su derecho de dominio, reciba un provecho considerable.

1.2. EL DERECHO DE DOMINIO O PROPIEDAD EN COLOMBIA

Conforme a la filosofía del derecho de dominio, el proyecto del Código Civil de 1853, en su artículo 686, adelantado por don Andrés Bello, concibió el derecho de propiedad como “*el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de*

ella a nuestro arbitrio, no siendo contra ley ni contra derecho ajeno". De allí que nuestro actual Código Civil²⁰⁰ lo defina como, "*El dominio que se llama también propiedad es el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella <<arbitrariamente>>*²⁰¹, *no siendo contra ley o contra derecho ajeno*"²⁰².

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se predica que el derecho de dominio es el derecho real²⁰³ por excelencia, del cual se desprenden los demás derechos reales, es este derecho el más completo que una persona pueda tener sobre un bien, es a través del cual su titular obtiene una relación jurídica con el bien, a su vez, el derecho de dominio le otorga a su titular el poder absoluto sobre el mismo y, la posibilidad de ejercitarlo sin que terceros le afecten dicho ejercicio – efecto *erga omnes*-, a lo anterior debe sumarse que el Estado por mandato constitucional²⁰⁴ está llamado a protegerlo y garantizarlo.

El titular del derecho de dominio obtiene su "provecho o beneficio", ya sea pecuniario o personal²⁰⁵ y de forma absoluta sobre el bien, a partir de los atributos que se le entregan, esto es: **(i)** el *ius utendi* o facultad de servirse de la cosa, **(ii)** el

²⁰⁰ La ley que regula el Código Civil vigente en Colombia es: Ley 57 de 1887.

²⁰¹ La expresión "arbitrariamente" fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-595 del 18 de Agosto de 1999, en la misma sentencia es declarada executable la expresión "no siendo contra ley o contra derecho ajeno". A juicio de la Honorable corte, la inexecutable de dicha expresión, contrariaba la finalidad que inculcó la constitución de 1991 a la propiedad, articulada dentro un Estado Social de Derecho.

²⁰² Artículo No. 669 del Código Civil Colombiano.

²⁰³ Derecho que tiene una persona sobre una cosa en virtud de una determinada relación jurídica. Los derechos reales se caracterizan por dos notas fundamentales: el carácter inmediato del poder que otorgan a su titular sobre la cosa, y la oponibilidad *erga omnes* o facultad de ejercitarlo imite a todos. Se contraponen al derecho personal. Los derechos reales principales son el derecho de propiedad y sus desmembraciones. Algunos derechos reales no confieren a su titular sino una parte de tales atribuciones: se dice entonces que son desmembraciones del derecho de propiedad (p. ej.: Usufructo, Servidumbre). Por contraposición a los derechos reales principales, hay también derechos reales accesorios; están ligados a la existencia de un crédito cuyo cobro garantizan (p. ej., Hipoteca). Ampliar en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-real/derecho-real.htm>.

²⁰⁴ Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

²⁰⁵ El provecho pecuniario se presenta por el ejercicio del derecho, representada en la posesión del bien, sea directamente o a través de actos jurídicos lícitos, de los cuales obtenga provecho económico alguno, por ejemplo: El titular de una volqueta, podrá sacar provecho de esta a partir de la explotación directa, o dándola en arrendamiento.

ius fruendi para obtener sus frutos o productos y **(iii)** el *ius abutendi* o facultad para disponer de ella, es decir, usar, gozar, y disponer.

A su vez, el titular puede ejercer su dominio sobre el bien, de dos formas: por un lado, mediante **(i)** actos directos o materiales, por ejemplo, conducir su propio automotor, y por otro, mediante **(ii)** actos jurídicos a través de los cuales el titular puede gravar, limitar, disponer, y desprenderse de forma total o parcial, de cada una de las anteriores facultades o poderes con los que cuenta y goza; *vr. gr.*, el propietario que transfiere la tenencia de su automotor en virtud de un contrato de arrendamiento.

Conforme a lo anterior, el Dr. Velázquez Jaramillo expresa:

“A pesar de la exclusividad que se predica de la propiedad, el mismo propietario, o la ley, crean a favor de terceros la posibilidad de utilizar los atributos del derecho. El *propietario pleno* tiene los tres atributos conocidos desde el derecho romano: el *ius utendi* facultad de servirse de la cosa, el *ius fruendi* para obtener sus frutos o productos y el *ius abutendi* o facultad para disponer de ella. (...)”²⁰⁶

1.3. FRENTE AL CONTRATO, LA LEASING NO SE DESPRENDE DE TODAS LAS FACULTADES DEL DERECHO DE DOMINIO: ES PROPIETARIA Y POSEEDORA MATERIAL

El dominio, como la posesión sobre una cosa, tienen igual trascendencia jurídica, y cumplen idéntica función social; el Código Civil define la posesión como “*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en*

²⁰⁶ VELÁZQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, “Bienes”, undécima edición, editorial Librería Jurídica Comlibros, 2008. Pág. 212.

lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo²⁰⁷ (Negritas nuestras)

El derecho civil colombiano establece que para que pueda hablarse de posesión se requiere que haya *corpus* y *animus*, tanto así que sin ellos, o a falta de uno, tal derecho patrimonial no existe. Con relación al segundo elemento, es decir, el subjetivo, en el contrato de leasing, este, pese al traslado del uso y del goce del vehículo automotor en favor del locatario, siempre permanecerá en la propietaria leasing, por lo que jamás el locatario, según la estructura jurídica del contrato y en vigencia del mismo, podrá alcanzar la calidad de poseedor, como quiera que la opción de compra sólo es posible en la medida en que se le reconoce desde el propio umbral del contrato o convención la calidad no sólo de propietaria sino de poseedora de la leasing.

Ahora bien, los actos de señor y dueño o hechos posesorios, no necesariamente pueden ser ejercidos de forma directa por el poseedor sobre la cosa, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que el ánimo de señor y dueño es el elemento *“material o externo, tener la cosa, lo que generalmente se traduce en la explotación económica de la misma, con actos hechos tales como levantar construcciones, arrendarla, usarla para su propio beneficio y otros parecidos”*²⁰⁸, los cuales pueden ser ejecutados directamente por el dueño – poseedor o a través de terceros, como sucede en el contrato de leasing automotor.

Así las cosas, el locatario es únicamente tenedor, la opción de compra pactada en el contrato no le otorga el ánimo de señor y dueño del automotor, más cuando, **(i)** simplemente le genera una simple “posibilidad” de adquirir el bien, ni siquiera reviste el carácter vinculante de una promesa de venta y, por su puesto **(ii)** le

²⁰⁷ Artículo No. 762 del Código Civil Colombiano.

²⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 2003, Exp. 7052.

reconoce la propiedad o dominio a la leasing, por lo que no tiene el ánimo de señor y dueño; al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia:

*“(…) habida cuenta que a través de ese expediente, in radice, se desdibujan las razones jurídico-económicas que, en la órbita causal, motivan la celebración del contrato, pues, de una parte, **no puede afirmarse categórica y privativamente que el usuario en el leasing siempre aspira a hacerse a la propiedad de la cosa, según se esbozó; más bien, se ha procurado –en sentido amplio– un mecanismo indirecto de financiación para servirse de la utilidad que le es intrínseca a aquel, sin menoscabo del capital de trabajo que posee, conforme a las circunstancias**”²⁰⁹*

En ese orden de ideas, la sociedad de leasing al adquirir del proveedor el automotor solicitado por el locatario, adquiere la propiedad plena, no obstante, en virtud del contrato de leasing²¹⁰, únicamente se desprende de la facultad de uso (*ius utendi*), a su vez ejerce de forma compartida la facultad de goce del automotor con el locatario (*ius fruendi*) y se reserva la facultad de disposición sobre el automotor (*ius abutendi*), en efecto, en la primera, el locatario ejerce el uso del automotor para explotarlo económicamente; en la segunda, tanto el locatario como la propietaria leasing reciben provecho del automotor, el locatario a través de la tenencia y explotación directa del automotor²¹¹ y la leasing, que pese al contrato se reserva la calidad de dueña - poseedora, devenga su provecho a partir de los rendimientos de la financiación, incluidos en los cánones de arrendamiento que paga el locatario gracias a la explotación del automotor, y así mismo, frente al *ius abutendi*, la sociedad de leasing durante la vigencia del contrato y sin el

²⁰⁹ La Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 4 de Noviembre de 2010, haciendo una recapitulación de las particularidades que caracterizan al contrato de leasing a lo largo de la jurisprudencia Colombiana.

²¹⁰ Los contratos son actos jurídicos, a través del cual se ejerce el derecho de dominio.

²¹¹ El locatario a su vez puede explotar el automotor de forma material o directa, o incluso a través de actos jurídicos como contratos de afiliación de transporte público, que lo habilitan para la explotación en dicho sector, o simplemente contratos mediante los cuales disponga de la facultades de uso y goce de la cual es titular en virtud del contrato de leasing.

consentimiento del locatario, puede enajenar²¹², limitar, e incluso gravar el automotor sin impedimento alguno, y de esta forma también puede sacar provecho, pues aún en vigencia del contrato sigue siendo la titular del derecho de dominio sobre el automotor y por lo tanto puede ejercerlo.

En conclusión, la leasing además de tener la titularidad del dominio sobre el automotor y de comportarse como dueña, ejerce su posesión material sobre el mismo a través del contrato de leasing, lo que le permite obtener un considerable provecho.

1.4. EL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL EJERCICIO DEL DOMINIO ADOPTADO POR EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

Hoy en día, no es posible concebir los derechos patrimoniales como absolutos, *“el carácter absoluto de los derechos cede ante la necesidad de que su ejercicio se ajuste a normas, valores y principios que también forman parte del ordenamiento jurídico e integran un marco de referencia dentro del cual los derechos del individuo alcanzan sentido y utilidad”*²¹³, y frente a ello, el derecho de dominio no es la excepción.

De manera semejante a Perú, y a diferencia de legislaciones como la francesa y la belga²¹⁴ - en cuyos regímenes la definición de la propiedad es casi idéntica -, en

²¹² En el caso de que la leasing enajene el automotor, el contrato no termina, pues no es causal de terminación en los contratos de leasing, ni siquiera se tiene que notificar al locatario de dicha compraventa; de esta forma quien lo adquirió tiene que respetar el término y la convención de leasing, esta situación evidencia el poder de disposición que tienen la Leasing sobre el automotor.

²¹³ ABA CATOIRA, Ana, *“La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch)”*, 1999: 263 pp. Óp. Cit. PRADO D, Maximiliano, *“Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas”*. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 1, 2007, pág. 61-90.

²¹⁴ Para el Dr. TAMAYO, El artículo es igual al Francés y Belga, solo que el Colombiano tiene la cláusula “contra ley o derecho ajeno”, incluso afirma que “(...) de existir tal concepto en las normas del código civil de

nuestro Código Civil se consagra que el ejercicio del dominio sobre una cosa permite obtener provecho siempre y cuando su ejercicio no sea contrario a la ley ni al derecho ajeno, ello es fácil deducirlo de su definición: *“El dominio que se llama también propiedad es el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*²¹⁵. Así mismo, la historia de nuestro Estatuto Civil demuestra que con la expedición de este, se suprimió de la definición la concepción francesa de guardián de la cosa²¹⁶ y se incluyó el principio de responsabilidad civil.

En otras palabras, el legislador incluyó un “principio general de la responsabilidad civil” por el hecho de las cosas sobre las cuales se ejerce el derecho de dominio, dicho de otro modo, el ejercicio de la propiedad es válido siempre y cuando no transgreda la ley o el derecho ajeno, en consecuencia, cuando el bien de su propiedad haya trasgredido dichos limitantes deberá responder ante el Estado o ante la persona que haya sufrido perjuicio, es decir, que la responsabilidad del propietario frente a terceros no deviene de la calidad de propietario sobre el automotor, sino del goce que del mismo se obtenga, a partir del ejercicio del dominio.

Algunos doctrinantes sostienen que *“este principio incluye sin duda alguna una teoría de responsabilidad revolucionaria, del que la misma Corte no ha sido ajena”*²¹⁷, al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene:

napoleón, la responsabilidad por el hecho de las cosas tendría en Francia y Bélgica tendría un diferente tratamiento cit., TI, Pág. 849.

²¹⁵ Cfr. Artículo 669, Código Civil colombiano.

²¹⁶ Don Andrés Bello en Chile creó un código en 1840 basado en Francia, el mismo fue acogido posteriormente en Colombia, con algunas modificaciones, al respecto el Dr. TAMAYO JARAMILLO nos indica que *“si Bello suprimió en el artículo del Código Civil la frase consagrada en el artículo del Código de Napoleón, según el cual “uno es responsable por las cosas que tiene bajo su guarda”, lo cierto es que providencialmente, adicionó en la definición de Dominio, un concepto que no se encuentra en el derecho francés, pero que puede servir en nuestro ordenamiento como pilar de una revolucionaria teoría de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas”*, refiriéndose al principio de responsabilidad que incluye el artículo 699°, del Código Civil colombiano.

²¹⁷ Al respecto TAMAYO Ver, Óp. cit. TI, Pág. 849.

“(…) el derecho de dominio es el derecho real para gozar y disponer de las cosas, no siendo contra ley o derecho ajeno. Motejada de individualismo esta afirmación, envuelve sin embargo el germen de todas las transformaciones sociales en lo atinente al derecho de propiedad. Porque dos limitaciones, cual más fuerte, establece a su ejercicio: la ley y el derecho ajeno. Conforme a la primera la ley siempre podrá introducirle las restricciones que considere necesarias y convenientes al orden social (...)”²¹⁸(Negritas y cursivas nuestras)

En ese orden de ideas, “la norma que en nuestro ordenamiento jurídico define el dominio está exigiendo que el propietario no disponga y goce de su derecho contra derecho ajeno; hacerlo es precisamente no estar conforme a ley, es violarla”²¹⁹, razón por la cual, este principio de responsabilidad es objetivo, sin entrar a valorar aspectos subjetivos como la culpa en el ejercicio de su dominio. Al respecto la doctrina afirma:

“A quienes sostienen que la responsabilidad civil extracontractual está fundamentada en la culpa, podemos objetarles diciendo que su apreciación sería viable en relación con la responsabilidad de los artículos 2341 a 2360²²⁰ del Código Civil, ya que en dichas normas se está respondiendo por la conducta de quien con cosas o sin ellas causó daño a un tercero. En este punto estamos de acuerdo con tales doctrinantes, ya que se trata de juzgar la conducta del demandado. ***En cambio, olvidan tales autores y tribunales que existe otra fuente de responsabilidad que se fundamenta, no en la conducta culposa del demandado sino en la consecuencia lógica que se deriva del derecho de dominio. (...), pues simple y justamente, (...) una persona puede ejercer su dominio contra derecho ajeno sin que haya de por medio, culpa de su parte (...)***”²²¹ (La expresión “pues simple y justamente” , los corchetes, negritas y cursivas nuestros)

²¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 31 de agosto de 1954, òp. Cit. Duran Trujillo, Rafael, Noción de Responsabilidad Civil, Bogotá, Editorial, Temis, 1957, pàg.229. Crf. Tamayo Jaramillo, TI, pàg., 851.

²¹⁹ Cfr. Ibídem. Óp cit., TI, Pàg. 850

²²⁰ Tanto el artículo 2341 y el 2360 atañen a la responsabilidad por el hecho propio.

²²¹ TAMAYO, Óp. cit., TI, pàg. 854

Lo anterior no implica que todo propietario deba responder por el simple hecho de ser titular del derecho de dominio, pues evidentemente lo que la norma indica es que la responsabilidad deviene cuando el titular en el ejercicio válido y voluntario de cualquiera de sus facultades del dominio, a partir de las cuales obtenga un goce, trasgrede el derecho ajeno o la ley, por lo que la norma lleva implícito que el titular debe ser <<*responsable en el ejercicio de su derecho*>>, es decir, que su responsabilidad gravita en el ejercicio de su derecho, por ejemplo: Si una persona consiente el uso de su automotor en favor de otro y este último causa un daño a terceros, al titular también le asiste responsabilidad, por cuanto es propietario-poseedor material (devenga provecho), y ha ejercido su dominio en virtud de un contrato. En tanto que si el daño fue causado con su automotor del cual no consintió su uso no será responsable, es decir, porque no ha ejercido su dominio; *vr. gr.*, el propietario al que le había sido hurtado su automotor con el cual se causa el daño.

2. EL FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Abordar el estudio de este tema, implica afirmar que en el contexto del derecho actual, el proceso de la socialización o publicización del derecho privado, también ha venido influyendo al derecho de la responsabilidad civil, de allí que el modelo iuspositivista, o también llamado el “derecho positivo decimonónico”, en tanto que predicaba al derecho y al Estado como centro y monopolio de la producción normativa, donde el derecho es derecho, no por su contenido moral y axiológico sino por razón de su expresión y positivización, por su expedición, es decir, un derecho concentrado en la ley al margen de los principios y valores sociales, ha sido sepultado para la mente de cualquier jurista o de cualquier interprete.

Y es conforme a todas estas nuevas concepciones y corrientes, de cómo concebir el derecho, que hoy, cualquier intérprete en el contexto actual, ha de entender

que la norma, la ley, deben estar siempre en consonancia con los derechos de las personas, con los derechos fundamentales y con los principios y valores sociales. Toda esta nueva filosofía, apuntalada y fundada en un sustento totalmente diferente al que soportaba al dogmatismo positivista, viene conduciendo y reclamando cada vez más, una reconstrucción teórica del modelo de la responsabilidad civil y, en efecto, fenómenos como los siguientes reconstruyen las instituciones que tradicionalmente han regulado el derecho de daños:

2.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO IMPERATIVO MODELADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

Nuestro modelo constitucional inaugurado con la Carta de 1991, estableció un catálogo de principios de rango Superior, a partir de los cuales toda controversia jurídica ha de resolverse poniendo a actuar los principios y valores constitucionales sobre los cuales se funda nuestro Estado Social de Derecho, así mismo, todas las autoridades del Estado como jueces, legislador, y administradores deben respetar y en consecuencia ceñirse a ellos, pues dicho modelo de Estado es el arquetipo sobre el cual ha de cimentarse el ordenamiento jurídico interno y la pregonada vigencia del orden justo, *“la cláusula del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario (...)*²²²

De allí, que de nada sirve predicar esa premisa máxima si no se materializan sus fines, cuando *“Lo primero que debe ser advertido es que el término “social” ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la*

²²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 595 de 1999, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

*idea tradicional del derecho y del Estado*²²³ pues no basta con la sola declaración de derechos, sino que hay que garantizarlos y materializarlos.

2.1.1 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La concepción jurídica, política y filosófica sobre la cual se levanta esta nueva arquitectura del Estado colombiano, impone un derecho civil y comercial sensible a los intereses generales, lo cual conlleva una intervención en la autonomía privada y en las propias relaciones interindividuales, para adentrarse entonces, de manera proactiva, en las distintas relaciones jurídicas, mediante la protección de los intereses y derechos de todas aquellas personas que se encuentren en una situación de indefensión o de debilidad: Los menores, los de la tercera edad, los incapaces, los consumidores, los padres cabeza de familia, las víctimas de daños y perjuicios; el derecho civil actual, por su publicización y constitucionalización, es y debe ser el derecho de la solidaridad humana, como pilar fundante de nuestro Estado; del reconocimiento efectivo de los derechos de la persona como expresión clara de su dignidad.

La constitucionalización del derecho privado y protección de los derechos fundamentales propende por una humanización del ordenamiento jurídico, pero además, y en cuanto aquí importa, el derecho a una “igualdad material” que supere la simple retórica formal por la que atravesó por muchos años este derecho. Al respecto la doctrina nos dice:

“la denominada constitucionalización del derecho privado, entendida como la adopción de la única solución correcta basada en los principios constitucionales, cada vez que al Juez le parezca que la norma positiva no es justa, nunca ha sido aplicada eficazmente en Colombia como principio general y pacífico. Se trata de una utopía irrealizable que a veces, acudiendo a sofismas, la Corte dice emplear. La

²²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela No. 406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

*Constitucionalización del derecho privado existe (...), en el sentido de que las leyes deben estar de acuerdo con la Constitución no sólo en cuanto a los requisitos de procedimiento en su formación, sino en cuanto a los contenidos axiológicos previstos en la Carta*²²⁴. (Cursivas nuestras)

Conforme a esta concepción, allí están con un contenido enorme y de rango Superior, entre otros, los siguientes principios y postulados constitucionales:

2.1.1.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO O PROPIEDAD EN COLOMBIA

De los principios constitucionales de solidaridad y de prevalencia del interés general, se desprende el carácter social de la propiedad en Colombia²²⁵, la que lleva inmersa una responsabilidad social vinculada a su titular.

El artículo 669 del Código Civil que define el dominio, a la luz de nuestra Constitución fue objeto de control de constitucionalidad en el año de 1999, de lo cual debe destacarse que se declaró inexecutable la expresión “arbitrario” en el ejercicio del dominio por parte de su titular.

Bajo ese entendido, la Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución, en el esquema de nuestro Estado, reiteró su carácter social, así: *“El alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil es notorio y denuncia con elocuencia un cambio de la base económica y del fundamento mismo del derecho de propiedad, que se conserva y garantiza, pero a partir de los postulados constitucionales del interés social y de la función social”*²²⁶.

²²⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “La Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia”, Ensayo Jurídico, pág. 16. Disponible en : http://www.academia.edu/6062139/LA_CONSTITUCIONALIZACION_DEL_DERECHO_PRIVADO_EN_COLOMBIA.

²²⁵ Artículo 58° de la Constitución Política Colombiana de 1991.

²²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 595 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Así mismo, consagró que si bien la función social implica disponer de los bienes para la generación de riqueza en la sociedad, también *“la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y la generación de riqueza”*²²⁷, conlleva a que ésta debe ser responsable por parte de su titular, estableciendo con ello una garantía social.

Añade además, que los deberes sociales de la propiedad, no son los mismos para todos, puesto que no todos cuentan con la misma cantidad de patrimonio ni con los mismos bienes; pues entre mayor es el patrimonio, mayor es el deber o responsabilidad social de la propiedad:

*“La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad”*²²⁸

*“(…) El derecho de dominio no es ilimitado, puesto que se encuentra condicionado por los requerimientos del bien común. En efecto, la concesión de un derecho, en el Estado social y democrático, se encuentra siempre vinculada a la imposición de una carga correlativa para su titular (…)”*²²⁹

Es por esto que el ejercicio del derecho de dominio de forma absoluta, es decir el que busca la riqueza a costa de todo, incluso por encima de las personas y del interés público, también ha quedado sepultado a la luz de nuestra Carta de 1991.

²²⁷ Cfr. Óp. cit. Ibídem.

²²⁸ Cfr. Óp. cit. Ibídem.

²²⁹ Cfr. Óp. cit. Ibídem.

2.1.1.2 SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROPIETARIO

Consagra nuestra Constitución, como norma de normas²³⁰, que el Estado Colombiano “*garantizará la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con ella, <<con arreglo a las leyes civiles>>, derechos que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores*”²³¹; razón por la cual la misma Constitución le otorga el poder suficiente a la ley civil para regular su ejercicio, sin desconocer el derecho mismo, en efecto, el Código Civil establece la obligación del propietario de responder ante las afectaciones “del derecho ajeno y la ley”.

Al respecto la Corte Constitucional, expone de forma más precisa el rol de la ley civil frente al ejercicio del derecho de dominio:

“Cuando el legislador define, hace lo que, en el análisis lingüístico, se conoce como un uso estipulativo de la palabra; es decir, **prescribe lo que dentro de una comunidad ha de entenderse cuando se emplea el término definido. En ese sentido, formula una directiva acerca de lo que en un determinado contexto (el sistema jurídico, en este caso), (...) no informa lo que algo es, en su esencia, sino manda que, para determinados propósitos, sea tenido por tal.** A diferencia de lo que hace el jurista, cuya tarea sí consiste en *informar* acerca del significado que a un término le ha asignado quien tiene competencia para hacerlo²³².

Teniendo en cuenta que no existen derechos sin deberes, la protección del dominio opera siempre y cuando la adquisición de éste se efectúe con arreglo a las leyes civiles; es decir, con estricta observancia de las prescripciones que

²³⁰ La Constitución Política Colombiana, en su artículo 4°, establece el carácter supremo de la constitución, como “norma de normas”, es decir, que los principios y valores axiológicos que consagran, prevalecen por encima de las demás leyes comunes.

²³¹ Artículo 58° de la Constitución Política de 1991.

²³² Cfr. Óp. cit., CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 595 de 1999, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

reglan lo atinente a la obtención originaria y derivativa de la propiedad²³³. (Negritas y cursivas nuestras).

De aquí que ser propietario, como sucede en el contrato de leasing automotor con las sociedades de leasing, no es cualquier calidad frente a terceros, de tratarse así, el Estado no estaría llamado a garantizar ni legitimar su ejercicio; *“la adquisición del dominio sin los requerimientos de ley o el desconocimiento de la función social de la propiedad, comporta una consecuencia negativa, cual es la desprotección del derecho pretendido”*²³⁴.

La obligación de respetar el derecho ajeno y la ley por el titular del derecho de dominio en ningún momento atenta contra este, pues es razonable que si el Estado garantiza activamente la propiedad, deba también responder pasivamente por las afectaciones ocasionadas con su ejercicio, es decir, si se obtiene un beneficio o provecho, lo justo es que responda por las consecuencias dañosas que pueda causar.

“Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema”²³⁵. (Negritas y cursivas nuestras)

Así las cosas, la intención del legislador encuentra total consonancia con nuestra Carta Política, pues los deberes del propietario no obedecen a un simple capricho de entorpecer el ejercicio del dominio, sino a la función social de la propiedad en el Estado como atributo colombiano.

²³³ Cfr. Óp. cit. Ibídem.

²³⁴ Óp. cit. Ibídem.

²³⁵ Óp. cit. Ibídem.

2.1.3 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE DAÑOS

La constitucionalización de la responsabilidad civil y del derecho de daños, hoy es una realidad, evidencia cambios sustanciales, en principio, en la esfera pública, a partir del mismo canon contenido en el artículo 90 de la C.P., pues la responsabilidad del Estado centra su núcleo esencial en la existencia y realización del daño y la antijuridicidad del mismo, es decir, aquel que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar, cuestión diferente a la antijuridicidad de la conducta de la administración, la cual puede ser lícita o ilícita o irregular, subjetiva o culposa.

Los cambios sustanciales en la manera de estudiar y juzgar el derecho de daños, siempre han reclamado mirar más allá del simple texto legal, más allá de las tradicionales fuentes del derecho, por ello la responsabilidad civil siempre se ha caracterizado por ser un derecho jurisprudencial, tal vez por la dinámica y expansión del daño y de nuevas formas y actividades que lo producen, cada vez más crecientes en virtud de las relaciones sociales, de su tráfico raudo y globalizado.

Lo anterior implica que todo operador “intérprete del derecho” debe desplegar una proactiva como decidida inclinación hacia los nuevos elementos que estructuran el régimen de la responsabilidad; debe mirar el derecho de la responsabilidad civil en plena conexión con la realidad, económica, cultural, política de la sociedad, frente a sus principios y valores, y por su puesto a su Estado Social de Derecho.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia nos dice,

“(…) en el sentido de que en cualquier proceso judicial la valoración de los daños irrogados a las personas o las cosas deberá estar guiada por los principios de reparación integral y equidad, sino también con la convicción de que esta es una de

las vías a través de las cuales puede ser preservado el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores contemplados en la Constitución Política.²³⁶

Es a partir de esta concepción moderna del derecho de daños, que se exige a las autoridades del Estado, como los jueces, considerar a las víctimas como personas que cuentan con una dignidad humana²³⁷, y por lo tanto revisten un interés público para el Estado.

2.1.3.1 EL INTERÉS PÚBLICO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR LEASING, FRENTE A LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Así como el daño es el elemento fundamental de la responsabilidad civil, tanto así que sin daño no hay responsabilidad, la función primordial de esta no es otra que la protección de las víctimas a través de su reparación, allí radica el interés público y social de la responsabilidad civil.

La Constitución consagra un principio de “primacía del interés público sobre el particular”, especialmente cuando estos resulten en conflicto, así mismo, el artículo 13º constitucional, inciso segundo le apuesta al derecho a una igualdad

²³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación civil, Sentencia de 13 de Mayo de 2008, Expediente No.. 1997-09327. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

²³⁷ La dignidad humana se presenta como uno de los principios fundantes de nuestro Estado Social de derecho, al respecto, la misma “Corte Constitucional ha reiterado que la dignidad humana como derecho fundamental, implica la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio, se entiende como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho; y, finalmente como valor, representa un ideal de corrección que al Estado le corresponde preservar” (Corte Constitucional Sentencia de Tutela No. 381 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.) Así mismo, ha establecido tres lineamientos claros y diferenciables: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo” (Corte Constitucional Sentencia de Tutela No. 881 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.). En ese mismo sentido ver: Sentencia C-336 de 2008, y la sentencia hito T-499 de 1992.

real, material y a renglón seguido, en su inciso tercero, ordena una especial protección de las personas que se encuentren en una situación de “indefensión o debilidad manifiesta”.

Por su parte la institución de la responsabilidad civil, propende siempre por el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a las víctimas, siendo la víctima la parte débil, a la cual el Estado está llamado a proteger por mandato constitucional, ello en virtud de la solidaridad del Estado Social, más cuando en la jurisprudencia que fue objeto de estudio, se aprecian como afectados por el daño extracontractual, personas que además, requieren de especial protección como son personas de la tercera edad, menores de edad, incluso personas que han quedado inmersas en un estado de necesidad o de pobreza extrema, en consecuencia, la función resarcitoria de la responsabilidad reviste un interés general y público para el Estado y la sociedad; en términos de la misma Constitución, “un interés social”.

Por lo tanto, sustraerse a los deberes que la ley le impone a su titular en el ejercicio del derecho de dominio de su automotor, conllevaría a concluir que cualquier persona siendo propietaria, puede generar un riesgo a la sociedad, y no obstante devengar provecho económico, frente a la causación de los daños a terceros, no tener ninguna consecuencia. El resultado más próximo a ello, es restarle valor a la institución de la responsabilidad civil sin tener en cuenta su importancia en la sociedad y en nuestro Estado Social, pues bien dice la Doctora en Derecho Isabel Sotes:

(...) la responsabilidad civil ocupa un lugar cada día más importante como consecuencia de la relevancia de los accidentes de cualquier tipo y, en especial, de los derivados de los accidentes de circulación. Éstos implican un riesgo que no es necesario ponderar en cuanto a su intensidad y sus

consecuencias, porque convive a diario en nuestro entorno cotidiano con dramáticas y gravísimas consecuencias de todos conocidas²³⁸.

Así pues, el ejercicio del dominio sobre un automotor está llamado a ceder ante este interés social que reviste la víctima dentro de la esfera jurídica de la responsabilidad civil, máxime cuando se trata de la extracontractual, en donde la víctima es ajena o todo vínculo con el ejercicio del derecho de dominio sobre el automotor causante del daño. El propietario de un automotor a la luz de la Constitución, no solo responde por el hecho de haber trasgredido el derecho ajeno (ley), sino porque dicho atentado reviste un interés social para el Estado.

2.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LA VÍCTIMA

Se trata no solo en la esfera universal del derecho, sino en el propio campo de la responsabilidad civil y del derecho de daños, que nuestro régimen jurídico genere un grado de confianza para el justiciable y especialmente para las víctimas, y ello no se logra sino a partir de una postura decidida, armónica y coherente de nuestro sistema, lo que en términos jurídicos no es más que *seguridad jurídica* en el escenario de la relación sustancial del daño.

Así mismo, la prevalencia del derecho sustancial implica que todo interprete, Juez, Magistrado, debe resolver el problema jurídico puesto a su decisión, siempre de cara al reconocimiento efectivo de los derechos de las personas, en este caso, de las víctimas, derechos que tratándose de responsabilidad civil, al final se traduce en el derecho a la plena e integral reparación de las víctimas del daño, y en esa tarea se dejará de lado cualquier criterio positivista o formalista del derecho.

Por eso las disposiciones de nuestro Código Civil que regulan lo atinente a la responsabilidad civil, deben interpretarse más allá del texto legal, en plena

²³⁸ Óp. Cit. SÓTES GARCIA, Isabel.

conexión con la realidad actual, con los principios y valores sociales en virtud de los procesos de globalización y expansión transfronteriza de ciertas actividades, como sucede con el tráfico y circulación de vehículos automotores, pues así lo han enfatizado nuestras altas Cortes, en concreto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“(...) la cuestión, no hace al derecho civil una ciencia estática, ni reputa el régimen de la responsabilidad civil extracontractual ajeno o separado de los avances de la industria, la ciencia, tecnología, las transformaciones sociales, culturales, políticas y, por el contrario, según avizoró esta Corporación con gran antelación, el progreso de la humanidad impone una hermenéutica de la preceptiva legal concordante con las necesidades y expectativas de la sociedad, función prístina de la jurisprudencia en su labor unificadora e interpretativa de las normas jurídicas, desde luego que el rol de los jueces en la solución de los conflictos, no es el de autómatas aplicadores de la ley a espaldas de la realidad y de sus profundos cambios (...) Por esta inteligencia, la responsabilidad en general y la responsabilidad por actividades peligrosas, en particular, que obedece a razones de política legislativa en torno de su etiología, fundamentos, elementos, prueba, extensión y causas de exclusión o exoneración, partiendo del principio liminar ineludible inherente al respeto de los derechos, intereses y valores del sujeto, su tutela por el ordenamiento jurídico y la reparación de su detrimento inmotivado debe apreciarse según el estado evolutivo de la sociedad, los avances sociales, culturales, técnicos y científicos, la conducta y la actividad, lo cual, excluye posiciones rígidas e inflexibles en cuanto a sus supuestos, alcances y apreciación, y de otra parte, impone una interpretación dinámica racional de las normas jurídicas para la solución de los problemas”.²³⁹. (Cursiva nuestra)

Una de tantas expresiones de seguridad jurídica para las víctimas, es situar la responsabilidad civil derivada de los accidentes ocasionados con los automotores bajo la perspectiva de una responsabilidad objetiva, como en muchas especies o subsistemas de responsabilidad se ha venido predicando y consolidando en otros regímenes internacionales, donde la responsabilidad civil extracontractual

²³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de noviembre de 2011, Referencia: 73449-3103-001-2000-00001-01. Magistrado ponente: William Namén Vargas.

derivada del ejercicio de las actividades peligrosas hoy se nutre del riesgo creado por la actividad como uno de los criterios de atribución. Sobre esta nueva perspectiva, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

*“(…) Para la Sala, el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas es singular y está sujeto a directrices específicas en su etiología, ratio y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento”.*²⁴⁰

Frente a la garantía y seguridad de la víctima, en el escenario de la responsabilidad objetiva, la doctrina ha dicho:

“La responsabilidad civil objetiva, privilegia la situación de la víctima, no del dañador, razón por la cual, a partir de la existencia del daño derivado de un hecho vinculado materialmente al responsable, se establece la obligación de indemnizar, con independencia absoluta de la culpabilidad del agente (…)²⁴¹

*“Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo, se mejora la situación para la víctima desde el punto de vista procesal, se hace más expedito y se allana el camino para que ésta llegue fácil al proceso sin tener que indagar casi a escondidas quién era el guardián de la actividad o cosa y en el proceso todos los demandados están en igualdad de condiciones. Con ello en nada desmejora la situación hasta ahora presente de quien causa el daño, porque las mismas causas que tipifican causa extraña continúan sin variación en la responsabilidad por riesgo.”*²⁴²

En el contexto anterior, el Estado a través de sus autoridades está llamado a ofrecerles a las víctimas que han sufrido el daño a causa de la actividad de automotores, como los entregados en leasing, una seguridad jurídica en la

²⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de agosto de 2009, Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

²⁴¹ Óp. cit. PEREZ SALAS, pág. 18.

²⁴² URIBE GARCIA, Saúl, “Responsabilidad por Riesgo”, Revista Ratio Iuris N° 1 – Universidad Autónoma Latinoamericana De Medellín – UNAULA, Facultad De Derecho, 2005, pág.42.

reparación de su daño, y ésta solo se cumple cuando se garantiza una efectiva indemnización.

2.3. LA CRISIS DE LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS DAÑOS CAUSADOS CON AUTOMOTORES

Las causas de proliferación del daño y de los mecanismos jurídicos de reparación por responsabilidad civil, han generado un arduo debate sobre la culpa y el riesgo como criterios de imputación o de atribución. La era tecnológica de la sociedad moderna, como ya se ha afirmado, permeada diariamente por los procesos integrales de globalización económica y mercados nacionales y transnacionales cada vez más competitivos, han generado la expansión de actividades que llevan implícitos serios riesgos, pues dada la propia naturaleza de la actividad o por los medios utilizados para su ejercicio, es que potencialmente se ha generado una siniestralidad y con ello, sin duda, estamos sufriendo una creciente inseguridad personal y material; el riesgo y el peligro someten cada vez al hombre y atentan contra su seguridad personal, material y económica²⁴³.

*“La problemática, en tales casos, no se desplaza, convierte o deviene en la responsabilidad por culpa, ni tampoco se aplica en estrictez su regulación cuando el juzgador encuentra probada una culpa del autor o de la víctima, en cuyo caso, la apreciará no en cuanto al juicio de reproche que de allí pudiere desprenderse sino en la virtualidad objetiva de la conducta y en la secuencia causal que se haya producido para la generación del daño, para determinar, en su discreta, autónoma y ponderada tarea axiológica de evaluar las probanzas según las reglas de experiencia, la sana crítica y la persuasión racional, cuando es causa única o concurrente del daño, y, en este último supuesto, su incidencia, para definir si hay lugar a responsabilidad o no”.
“(…) La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la*

²⁴³ En ese sentido ver: PEREZ SALAS, Capítulo V, “La Responsabilidad Objetiva en el Derecho Privado Colombiano”, Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá D.C., Colombia, 2007. Pág. 18.

actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor”²⁴⁴

De allí que ni la culpa, ni la teoría de la guarda material, representada ésta en el control y la dirección del automotor, hoy sean el fundamento de la responsabilidad, menos en el ejercicio de las actividades peligrosas. El moderno derecho de la responsabilidad civil, establece al “riesgo” como criterio de atribución de responsabilidad frente a tales actividades, con fundamento en el hecho de ser inherente a éstas.

Efectivamente, el transporte terrestre automotor nacional e internacional, ha reclamado la necesidad de introducir en la legislación civil y del derecho de daños una nueva reconstrucción del sistema, donde el criterio de imputación sea netamente objetivo, que consulte el carácter resarcitorio de la responsabilidad y ello como principio general abierto, y no excepcional como sucede actualmente en el régimen colombiano; el criterio objetivo consulta de mejor manera los principios de seguridad, protección y reparación integral de las víctimas.

Es conforme a esta base dinámica y material de la sociedad que el modelo tradicional de la responsabilidad civil, fundado en la culpa como criterio subjetivo de atribución, donde la conducta del agente productor del daño es imputable en la medida en que ha existido culpa, entendida ésta como la voluntad de dañar o simplemente la negligencia o descuido en la conducta causante del daño, hoy ha perdido vigencia y en muchos países ha quedado superado.

Así mismo, gran parte de la doctrina sostiene que tratándose de automotores inmersos en dicha actividad, el peligro deriva del riesgo inherente a la cosa,

²⁴⁴ Óp. cit., CSJ, SC, Sentencia de 24 de agosto de 2009. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

puesto que por más diligencia y cuidado que se tenga, el riesgo siempre va a estar presente en la conducción del automotor; en consecuencia en la responsabilidad por esta actividad ya no importará quien sea su “guardián”, en contraposición a ello, se debe entrar a valorar la responsabilidad de todos los agentes que intervengan en la generación de ese riesgo, entre ellas, las propietarias de leasing. Al respecto la Corte Suprema de Justicia con anterioridad ha expresado que,

“Se trata del reconocimiento de la existencia de actos ejecutados, sin torcida, oculta o dañina intención, aún sin culpa, pero que por la actividad peligrosa o riesgosa y, en virtud de ésta, hacen responsable al agente y conducen a la obligación de resarcir al ofendido; en ella “[n]o se requiere la prueba de la culpa para que surja la obligación de resarcir, no porque la culpa se presuma sino porque no es esencial para fundar la responsabilidad, y por ello basta la demostración del daño y el vínculo de causalidad”²⁴⁵

En materia de actividades peligrosas, al interior de la Corte Suprema de Justicia ha existido cierta tensión frente a la selección de los criterios de atribución, así por ejemplo, desde la década de los años treinta, la Corte trazó inicialmente la línea, así sea temporal, de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo; expresó hacia el año 1937, *“La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudica a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida (...)”²⁴⁶*.

No obstante lo anterior, más recientemente, en la línea de la Corte Suprema de Justicia salvo el precedente de 24 de agosto de 2009²⁴⁷ en la que se intentó construir nuevamente una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo, en la cual

²⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sentencia de 31 de agosto de 1954*, G.J. LXXVIII, pág. 425 y siguientes.

²⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *sentencia de fecha 5 de agosto de 1937*, Magistrado Ponente: Dr. Juan Francisco Mujica.

²⁴⁷ En la línea de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia de 24 de agosto de 2009 con ponencia del magistrado William Namén Vargas, es un precedente, si se quiere hito, en la jurisprudencia colombiana por el ejercicio de actividades peligrosas, la misma bajo el esquema moderno de la sociedad colombiana, recogió al “riesgo” como criterio de imputación objetivo en la responsabilidad por actividades peligrosas, con esta se tenía la expectativa de que el panorama jurisprudencial iba a ser más garantista para las víctimas, sin embargo, la corte no tardó en retomar el criterio de la culpa, hasta la actualidad.

se *“sustrajo esa responsabilidad civil de la tradicional concepción subjetiva de presunción de culpa, al ubicarla en el ámbito objetivo, porque se basa sólo en el carácter riesgoso de la ejecución de la actividad lo cual apareja la obligación de indemnizar en los términos del artículo 2356 del Código Civil y las normas que rigen la actividad del tránsito vehicular (...)”*²⁴⁸. Luego del referido fallo, la Corte, regresó inmediatamente al criterio subjetivo de culpa, manteniéndose al margen de la moderna tendencia del derecho de la responsabilidad civil frente al ejercicio de actividades peligrosas; de allí que, para la Corte, actualmente la culpa sigue siendo el criterio de atribución de la responsabilidad civil por el ejercicio de las actividades peligrosas, solo que la misma se presume en cabeza del guardián de dicha actividad²⁴⁹, sin embargo, el establecimiento de esta presunción, cuya función a juicio de la Corte es la de otórgales a las víctimas una mejor facilidad probatoria, pues ya no tiene que probar la culpa de quien le ha causado el daño, lo que le permitiría asegurar con mayor facilidad su indemnización, *“en nada ha mejorado la conciencia ética del ciudadano común que ejercita cualquier tipo de actividad reputada de peligrosa, todo lo contrario cada día se asiste a más y más*

²⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sentencia de 11 de abril de 2012*, Proceso N° 33085, Aprobado Acta No. 121. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

²⁴⁹ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“el régimen de culpabilidad presunta que establece el citado artículo 2356, alcanza por igual a toda persona natural o jurídica que tenga la condición de “guardián de la actividad y no solamente al autor material y directo del daño”*. (Cfr. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencia de 26 de noviembre de 1999*, Expediente 5220. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno). En materia de responsabilidad por actividades peligrosas como las que comprende el empleo de un automotor, la Corte ha establecido que existe una presunción de culpa en cabeza del guardián de la misma²⁴⁹. (Cfr. *Sentencia de 4 de Abril de 2013*, expuesta dentro de este estudio en el segundo capítulo.). no obstante, las reglas de la teorías de responsabilidad basadas en la culpa consagran que si a un sujeto se le presume su culpabilidad, las mismas reglas subjetivistas apuntan a que el mismo sujeto pueda desvanecerla *“si demuestra su diligencia y cuidado en dicha actividad pudiese exonerarse”*, sin embargo la Corte Suprema de Justicia nos dice que tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, solo le es válido alegar la causa extraña, esto es, el hecho de un tercero, el caso fortuito y la culpa exclusiva de la víctima. De esta forma podemos apreciar, que al guardián de la actividad peligrosa, no le basta haber empleado su diligencia y cuidado para excusarse de su responsabilidad; en consecuencia, no se trata de una presunción de culpabilidad, sino más bien de una *“presunción de responsabilidad”* del guardián de la actividad peligrosa, siendo las presunciones de responsabilidad un elemento propio que comportan las responsabilidades objetivas, vr. gr. cuando una persona ocasiona un daño con su automotor, por el riesgo creado con este, no se le presume su culpa sino su responsabilidad. Razón por la cual es claro apreciar que la Corte, se ha enfrascado en lo que fácilmente puede llamarse el tratamiento de una responsabilidad objetiva excusada en su tradición subjetivista.

*casos de absurda impunidad en las carreteras colombianas*²⁵⁰, como es claro apreciarlo en la jurisprudencia de los daños causados con automotores leasing²⁵¹. A todo lo anterior añadámosle, si se quiere a manera de agravante, que el desarrollo de la industria automotriz nos expone a una inminente automatización en la conducción de automotores, y frente a ello, la culpa, el control y la dirección de los agentes productores del daño perderán total vigencia para determinar su responsabilidad civil, pues si bien actualmente a un conductor por más diligencia, prevención y cuidado empleados en tal actividad, no le es posible tener total control y dirección sobre el mismo, puesto que el riesgo siempre estará latente en dicha actividad; menos frente a la automatización en la conducción, toda vez que el control y circulación del automotor, ya no dependerá de las personas sino que tales circunstancias serán inherentes a este.

Así las cosas, tenemos claro que la sociedad moderna, convoca al derecho de la responsabilidad civil a suplir las falencias que otorga el criterio subjetivo de culpa a la hora de reparar los daños causados con automotores, y reemplazarlo criterios objetivos de imputación del daño como es el “riesgo”, que implica la actividad con automotores y sus derivados: el “riesgo creado”²⁵² y el “riesgo provecho”²⁵³.

²⁵⁰ Óp. cit. MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty mercedes,” *La faute y La culpa, estudios de derecho privado en homenaje al profesor Cristian Larroumet*”, por Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson, colección de textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá 2008. pág. 286 – 287.

²⁵¹ Lo anterior no es ajeno a la realidad jurídica Colombiana, pues la misma situación se evidencia en la jurisprudencia expuesta, en especial la del 2 de diciembre de 2011 en donde la situación de las víctimas se tornó oscura, pues luego de más de diez años de reclamación judicial de los daños, no obtuvieron reparación alguna por la muerte de sus familiares, el resultado es la no existencia de responsable alguno, a pesar de haberse demostrado <<el daño y la relación de este con el automotor leasing con el cual se despliega la actividad peligrosa>>, para obtener su reparación, pues recordemos que la culpa del guardián se presume conforme lo sostienen la misma Corte. Pero el lado más oscuro de dicha jurisprudencia frente a las víctimas, es que lo más probable, luego de tanto tiempo, les haya caducado la acción para pretender la indemnización en contra del verdadero guardián, quedando marcada de por vida con el daño.

²⁵² La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en varias legislaciones civiles como las apreciadas en el capítulo II del presente estudio, en virtud del cual, “*aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado. Configuración de la Teoría del Riesgo Creado: “...quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan...” [PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas. Bs.As., Edit. Universidad, 1983, p.37]*” (BARRIENTOS LOAYZA, Pedro, “Teoría del Riesgo

2.3.1 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR RIESGO FRENTE A LA ACTIVIDAD PELIGROSA DESPLEGADA CON AUTOMOTORES

Para ilustrar de mejor forma el tratamiento de la teoría objetiva del riesgo, ha de partirse por concebir que *“La responsabilidad por riesgo o responsabilidad sin culpa, se configura con la sola existencia del daño y la presencia del nexo causalidad material entre el daño y el hecho generador del perjuicio”*²⁵⁴, por lo que a la víctima solo le basta con **(i)** probar el daño o los perjuicios causados, y **(ii)** que los mismos, fueron producidos con el automotor –valga la redundancia– causante del daño.

En aras de la búsqueda de su reparación, la víctima puede dirigir su reclamación en contra de los sujetos que han creado el riesgo, o que de alguna forma con dicha creación reciben provecho o beneficio de la actividad peligrosa desplegada por el automotor, entre ellos, propietario, conductor y tenedor, quienes de forma solidaria deberán reparar integralmente a la víctima.

“Con la aplicación de la responsabilidad por riesgo es fácil aplicar el principio de solidaridad del artículo 2344 del C.C. De esta manera, se abarca a todas las personas que intervienen en la creación del riesgo y han generado las condiciones para que el

Creado” Doctrina Lex Per Ethicam Ad Iustitiam, publicado el 22 de octubre de 2011. Disponible en: <http://doctrinalex.blogspot.com.co/2011/10/teoria-del-riesgo-creado.html>).

²⁵³ La responsabilidad por el riesgo provecho se basa en atribuirle responsabilidad a un sujeto que además de crear un riesgo con el automotor, obtiene un provecho de tal actividad. A manera de ejemplo, en Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial incorporó en su articulado la teoría del riesgo provecho, al respecto la doctrina explica su positivización: *“Si bien el Código mantiene el factor de atribución objetivo para los daños que fueran ocasionados por el riesgo o vicio de una cosa, el nuevo artículo 1758 incluye expresamente el carácter de guardián a quien obtiene un beneficio de ella. (...) El citado artículo establece que se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. Idéntica consideración se propone para quien se sirve u obtiene provecho de una actividad riesgosa, incorporándose también este concepto jurisprudencial al derecho positivo”* (M. CASTELLI, Leandro, *Código Civil y Comercial: teoría del riesgo provecho*, publicado en Marval O’Farrel Mairal, el 31 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=11873>).

²⁵⁴ PEREZ SALAS, Diego Omar, *“La Responsabilidad Civil por el Riesgo entre Particulares”*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá D.C., Colombia, 2007. Pág. 17.

*daño llegue a producirse. Verbigracia, si es en accidente de tránsito, quedan comprendidos: el conductor, el propietario del vehículo, la empresa afiliadora y hasta la empresa Leasing, porque entre todos crearon un riesgo. Así, la víctima no tiene que entrar a la tortuosa tarea de verificar quién tenía el control del vehículo, es decir, quién era el guardián de la actividad peligrosa como se utiliza en la actualidad. Más que nadie, el conductor ejerce la actividad riesgosa y se lucra de ella, el propietario se lucra de esa actividad riesgosa, la empresa afiliadora se lucra de esa actividad riesgosa y la empresa Leasing también se lucra de esa actividad riesgosa, pero no únicamente porque se lucran, sino porque crean el riesgo. Se forma así todo un engranaje, que en conjunto lleva a la creación del riesgo y éste al consecuente daño”.*²⁵⁵

Con base lo anterior los únicos presupuestos de la responsabilidad civil por riesgo son: **(i)** el hecho causante del daño, **(ii)** el daño, **(iii)** y el nexo de causalidad material entre estos. Razón por la cual, al ser el riesgo el elemento objetivo por el cual se imputa la responsabilidad, lo que se hace aquí es presumir no la culpa sino la “responsabilidad” de quien ha generado el riesgo o ha devengado un provecho, la que solo podrá desvirtuarla probando la causa extraña, esto es, el hecho de un tercero (el ladrón del automotor que ha causado el daño), el hecho exclusivo de la víctima (cuando la víctima no usa el puente peatonal dispuesto por el alto flujo

²⁵⁵ Cfr. Òp. Cit. URIBE GARCIA. “La teoría del riesgo se caracteriza por la facilidad para identificar no solamente al autor físico de daño, sino a una serie de personas que giran en torno al riesgo creado y se benefician o lucran con la creación de ese riesgo. Lo anterior permite que desde el punto de vista procesal no quepa la pregunta, ¿quién era el guardián de la actividad o cosa riesgosa causante del daño para saber quién es el sujeto pasivo de la pretensión procesal. En la responsabilidad por riesgo no se pregunta quién causó físicamente el daño, sino quienes o quienes crearon el riesgo que se concretó en un daño sin tener que recurrir al intrincado concepto francés de Guardián utilizado en Colombia para las actividades peligrosas. Así, desde el punto de vista procesal, las personas contra quienes va dirigida la pretensión son todas aquellas que generaron el riesgo y de esa manera se recurre a la solidaridad que consagra el artículo 2344 del Código Civil. En el transporte público no es una persona la crea el riesgo. La empresa transportadora organiza, dirige, impone condiciones y se lucra por ello. El propietario del vehículo se lucra por la calidad de tal con respecto a la empresa transportadora. **La empresa de Leasing es la propietaria del vehículo y en calidad de tal impone ciertas condiciones y se lucra por su actividad.** El conductor del vehículo es quien directamente causa el daño, pero no la única persona que ejerce la actividad riesgosa, además se lucra por la actividad que ejerce. Vemos todo un engranaje, interdependiente, todos se lucran y en su conjunto generan las condiciones necesarias para que el daño se concrete. Sin empresa no puede operar el transporte, sin propietarios de vehículos la empresa no tendría vehículos afiliados, sin conductores los vehículos permanecerían inmovilizados y las empresas de leasing sin los tres anteriores no operarían en el ramo” (Cfr. Òp. Cit. URIBE GARCIA).

vehicular) y el caso fortuito (a causa de un terremoto el automotor sepultó a una persona). (Ver gráfico No. 9).

2.4. LOS PRINCIPIOS *PRO DAMNATO*, *PRO VICTIMAE* Y *FAVOR DEBILIS*

De igual forma, en la tarea de lograr una reconstrucción de los elementos y principios de la responsabilidad civil, la doctrina internacional, no solo ha cuestionado la culpa como criterio subjetivo de imputación, sino que además, ha orientado la aplicación de los principios jurídicos de la responsabilidad civil en orden a lograr una máxima protección a las víctimas.

La doctrina internacional, española y francesa²⁵⁶ consagran que, el núcleo esencial de la responsabilidad ya no es el sujeto responsable, “el dañador”, sino el “daño mismo” y “su reparación”; en otras palabras el eje central de la responsabilidad ya no es quien causa el daño, sino precisamente el extremo pasivo de la misma, la víctima del daño, de tal manera que la premisa de la responsabilidad, se puede predicar ya no en los términos tradicionales de “quien causa daño a otro está en el deber de indemnizar”, sino que “todo aquel que sufre un daño antijurídico deber ser indemnizado”, la “antijuridicidad de la conducta ha migrado hacia la “antijuridicidad del daño”, es decir, el daño está causado y solo hay que repararlo.

Lo anterior obedece a que la relación sustancial del daño siempre produce un desequilibrio, una desigualdad entre la víctima del daño y el agente que lo produce y es allí, donde los principios, llamados “*favor victimae*” (favorabilidad de la víctima), “*pro damnato*” (velar por el daño), “*favor debilis*” (favorabilidad al débil), se nutren de una razón filosófica y jurídica elemental: la *necesidad de protección de la parte débil* en el escenario del mundo jurídico, más si se trata, como aquí

²⁵⁶ En ese Sentido ver: DIEZ-PICAZO, Luis, “Derecho de Daños”, Editorial S.L. Civitas Ediciones, 1999. y así mismo, LAMBERT-FAIVRE, “La evolución de la Responsabilidad Civil de una Deuda de Responsabilidad, a un Criterio de Indemnización, artículo en la “Revue Trimestrielle de Droit Civil” 1987. Este último Disponible en: <https://books.google.com.co/books>.

acontece, de lograr una auténtica protección de la víctima mediante una reparación integral de sus daños²⁵⁷.

Son ejemplo de estos principios, entre otros, cuando la víctima en su reclamación, ha demostrado que de forma previa al daño se encontraba trabajando pero no probó el valor de su salario, por lo que el juez para efectos de su reparación presume que al menos devengaba el salario mínimo; cuando el juez interpreta en favor de la víctima que su reclamación no es contractual sino extracontractual, para así atribuir responsabilidad a los causantes del daño; cuando se presumen los perjuicios morales en los parientes más cercanos; cuando se impone un patrón de hermenéutica para el juzgador en tanto que tiene una misión de proteger el derecho sustancial en favor de la parte débil de la relación sustancial debatida en el pleito, etc.

2.5. EL DERECHO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS

“El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil”²⁵⁸

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 prevé que *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”²⁵⁹*. Lo anterior implica que el juez, *“tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado,*

²⁵⁷ En ese sentido: *Ibidem*.

²⁵⁸ HENAO, Juan Carlos, “El Daño”, Capítulo IV “El Daño Debe Ser Indemnizado Plenamente”, Universidad Externado de Colombia, Edición 1998, pág. 37.

²⁵⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 446 de 7 de julio de 1998, por la cual se reglamenta la “Descongestión en la Justicia”. Artículo 16, Parte II de la “Eficiencia en la Justicia”, Título I Normas Generales.

es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño”.²⁶⁰

Por su parte, el profesor y ex magistrado de la Corte Constitucional, doctor JUAN CARLOS HENAO, ha sostenido que “el daño debe ser indemnizado plenamente”, conforme a lo cual debe entenderse lo siguiente,

*“La enunciación de la presente regla es simple, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso. Dicho de otra manera, se puede afirmar que, **“se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño”**, o, en palabras de la Corte Constitucional Colombiana, que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”. La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento.”²⁶¹.(Negritas nuestras).*

De allí que la reparación integral no significa que todo lo que la víctima reclame o pretenda deba ser reconocido, de eso no se trata, sino de indemnizar todos los daños realmente causados en virtud de la actividad del agente productor.

Así mismo, frente a este principio la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la reparación integral comprende no solo los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), sino también todos a aquellos daños extrapatrimoniales (morales) que la víctima considere violentados:

²⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de agosto de 2015, Expediente: 2006-00514. Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez. En ese mismo sentido Ver: CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004-00172-01.

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 45.

“No es ninguna novedad que la responsabilidad civil persigue la reparación integral de toda especie de daño, tanto patrimonial como extrapatrimonial, siempre que haya sido debidamente pedido en la demanda y esté debidamente acreditado en el proceso, tal como lo ha admitido nuestra jurisprudencia desde hace casi un siglo. De manera que no hay ninguna razón para circunscribir la condena civil al resarcimiento del perjuicio patrimonial, pues ello comportaría un desconocimiento del principio de reparación integral del daño y fomentaría el menoscabo de los bienes superiores jurídicamente protegidos.”²⁶²

Nuestro régimen civil de la responsabilidad, por esta línea de pensamiento, concibe que su función fundamental es ante todo resarcitoria, reparadora de los daños y perjuicios causados; en Colombia no es punitiva, en esta, como sucede en otros regímenes, la función de la responsabilidad más bien se estructura y se edifica como una sanción civil instituida para un ilícito civil; su naturaleza jurídica va más allá de la reparación o de la compensación; de allí que esta clase de daños tenga ante todo una función preventiva y ejemplarizante para el causante del daño, que haya actuado con intención o con malicia de causarlo; se pretende, entonces, con dicha filosofía, sentar también un precedente para infractores similares.

Aquí en nuestro sistema de responsabilidad civil, los daños punitivos o vindicativos están excluidos y nada importa entonces el comportamiento o conducta del responsable en la tasación del daño; la función reparadora de hoy parte de la antijuridicidad del daño y no de la antijuridicidad de conducta del responsable; por lo tanto, no hay razón para entender que la función de la responsabilidad sea sancionatoria o una especie de castigo, importa fundamentalmente es la imputabilidad y causalidad del daño, su entidad e intensidad, por supuesto, seguidas de su reparación integral²⁶³.

²⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, *Sentencia de 7 de octubre de 2015*, Expediente No. 2009-00042. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

²⁶³ Cfr. Óp. cit., *Ibídem*.

Sin embargo, es inevitable el creciente auge de la responsabilidad objetiva por riesgo, las condenas que se vienen imponiendo bajo la premisa de la reparación integral, obedecen a aspectos de solidaridad y por consiguiente de responsabilidad de todos los causantes del daño o de los vinculados a la actividad generadora del daño, todo ello, en consonancia con el principio de solidaridad en la responsabilidad civil extracontractual (artículo 2344 Código Civil colombiano) y por su puesto el de reparación integral de las víctimas.

Tal filosofía constituye una garantía de la reparación, pues si bien la responsabilidad inicialmente recaería en el agente directo del daño, gracias a la referida solidaridad, todos los causantes del daño externamente y frente a las víctimas han de responder de manera solidaria e integral, dejando a salvo su situación interna, entre ellos, es decir, su deber de responder por las cuotas que les corresponda²⁶⁴.

Este principio como elemento estructural de la responsabilidad civil, tiene que ver entonces con la real dimensión, con el quantum o extensión de la indemnización, de tal suerte que el resarcimiento siempre mirará y pretenderá la plena indemnidad de la víctima, se trata de situarla en el estatus en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso²⁶⁵.

Ahora bien, el derecho a una reparación integral, se ha venido relativizado, se ha mitigado y en procura de ello han surgido conceptos como los de los “techos máximos”, “indemnizaciones tasadas o tarifada o estándares”; bajo modelos de seguros sociales de los cuales se predica bajo el principio de igualdad: “daño igual indemnización igual”, así como también la fórmula de “reparación en equidad”,

²⁶⁴ Así mismo, frente al contrato de leasing, y la responsabilidad civil extracontractual de la propietaria del automotor leasing, la doctrina internacional sostienen que bajo “*El criterio de KHALOR-KIDS, indica que la parte que está en mejor condición, debe, compensar a la parte contractual y a los perjudicados. Debe existir la posibilidad de evitar, la externalidad negativa en que terceros soportarían todo el perjuicio. El análisis de eficiencia sería bifronte: a) mejor posición para evitar el daño; b) mejor posición para asegurarlo.*” (Cfr. Óp. cit. RAMONDA, pág. 22.).

²⁶⁵ Cfr. Óp. cit., Ibídem.

como se apreció al exponer el régimen de responsabilidad de Suecia y de la Unión Europea en el capítulo II de este estudio.

En este escenario, el de la responsabilidad civil aseguraticia, hablar de una reparación integral no pasa de ser una ilusión. Al respecto la doctrina internacional de los países que han implementado dichos sistemas aseguraticios señala:

“Ha de reconocerse que la principal oposición al sistema tasado de valoración se produce por el establecimiento de unas cuantías indemnizatorias cicateras e incompletas, que conforman un sistema enormemente complejo y contradictorio; (...) porque ponen en entredicho el cumplimiento de la finalidad reparadora de la indemnización y afectan muy negativamente al gran número de perjudicados por accidentes de circulación. (...) la nueva normativa conforma un sistema de indemnización de los daños corporales enormemente complejo, genera una maraña normativa contradictoria y de difícil clarificación, y da así lugar a un nivel de confusión e inseguridad importante. Por consiguiente, si realmente se desea proteger al perjudicado en sus bienes más preciados: la salud y la vida, y no solamente a las aseguradoras, será necesario una modificación de gran calado y enjundia de la vigente normativa”²⁶⁶.

Es por ello, que es mejor que sea el Juez, en su soberanía o libre apreciación judicial, en su *arbitrio iuris*, teniendo en cuenta razones de equidad y de razonabilidad, quien determine el monto de la indemnización, considerando además y, especialmente la gravedad e intensidad de tales daños; también las dificultades que se presentan en relación con la causalidad; la participación concurrente de la víctima en la producción del daño; en ocasiones las ventajas patrimoniales o indemnizaciones que recibe la víctima provenientes de otras causas o relaciones jurídicas, seguros de vida, etc.; dificultades y aspectos todos estos que tienen que ver finalmente con la extensión de la responsabilidad.

²⁶⁶ Óp. Cit. SÓTES GARCIA, Isabel.

3. CRISIS DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Bajo el anterior contexto, desde la perspectiva de los presupuestos y valores axiológicos sobre los cuales se levanta el moderno derecho de daños, como el futuro de la responsabilidad civil derivada del ejercicio de las actividades peligrosas, aunado a los postulados constitucionales, derechos fundamentales y deberes que se le imponen al ejercicio del derecho de dominio, todos los cuales emergen de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, inmediatamente aparecen serios cuestionamientos e inconsistencias, haciéndose evidente una crisis y una postura retardataria frente a la concepción de la función de la responsabilidad civil, la cual no es otra que la reparación integral y oportuna del daño sufrido por la víctima, quien hoy por hoy constituye el epicentro fundamental de la responsabilidad; reparos que a manera de síntesis y si se quiere de conclusión están llamados a responder el problema jurídico planteado.

Como veremos a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, frente a los daños causados con automotores leasing, actualmente presenta dificultades a la hora de reparar a las víctimas, al desconocer instituciones, principios y valores del ordenamiento jurídica colombiano, comprometiendo el derecho a un trato igualitario y generando con ello una ruptura en la uniformidad que debe inspirar a la jurisprudencia.

3.1. LA JURISPRUDENCIA NO OFRECE SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LA REPARACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO POR LA VÍCTIMA

La jurisprudencia, en buena medida ha puesto a la víctima en lo que podríamos llamar, una “lotería jurídica” frente a su legítimo derecho de propender por una reparación integral del daño que se le ha causado con el automotor de leasing. Al

respecto se presentan las siguientes dificultades e inconsistencias que saltan a la vista, y que en nada favorecen a la víctima:

3.1.1 LA DIFICULTAD PROBATORIA PARA LA VÍCTIMA

La víctima en búsqueda de su reparación integral por vía judicial, enfrenta dificultades probatorias que entorpecen la búsqueda de su reparación. Así las cosas, encontramos a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre actividades peligrosas, que a la víctima no le es suficiente con demostrar los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, – hecho dañoso, daño y relación causal entre el hecho y el daño, aun presumiéndose la culpa del agente productor –, tampoco bajo un régimen objetivo le sería suficiente con “(...) *demostrar el perjuicio, y la relación directa de causa a efecto entre este último y la actividad peligrosa desplegada (...)*”²⁶⁷, por cuanto además, se le impone la tarea de demostrar en quién recae la “guarda material” del automotor entregado en leasing, llamado por regla general, según la jurisprudencia de la Corte a responder de los daños causados con el automotor objeto del contrato.

Poniéndonos como coloquialmente se dice, en los zapatos de la víctima, de entrada encuentra un primer tropiezo probatorio para su reparación, pues tiene el deber de establecer quién es el “guardián de la actividad peligrosa desplegada con el automotor leasing”; en efecto, en la práctica, si se le causa un daño, por regla general, la demanda la dirige contra el conductor, la propietaria leasing y la empresa de transporte si estuviere vinculado a esta, como posibles responsables solidarios del daño; recordemos que la víctima es ajena al contrato de leasing automotor y para ella son tan solo estos los vinculados jurídicamente, por su visibilidad, con el automotor causante del accidente.

²⁶⁷ Cfr. CSJ, Sentencia de 24 de agosto de 2009.

No obstante lo anterior, puede presentarse que al ser la reparación del daño extracontractual una obligación solidaria de todos los agentes causantes del daño, la reclamación la dirija únicamente contra la propietaria leasing, pudiendo no encontrar reparación alguna, pues no olvidemos que para la Corte *“la ‘guarda de la actividad’, puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa”*²⁶⁸, ello, muy a pesar de que en este escenario la propietaria del automotor leasing, participa en la creación de un riesgo y recibe un provecho por la actividad riesgosa del bien, y así mismo, de entrada, la víctima no cuenta con un instrumento jurídico que le permita determinar quién es el verdadero guardián material sobre el automotor. Esta situación se puede apreciar claramente en la sentencia de 2 de diciembre de 2011²⁶⁹.

Lo anterior obedece a que demostrar la condición de guardián es una carga excesiva para la víctima, difícil de establecer y en ocasiones probar, tratándose de actividades peligrosas, implica una doble tarea probatoria, pues debe establecer y probar dos vínculos o nexos de causalidad del daño; un primer vínculo, en el que la víctima debe establecer que su daño proviene de la actividad peligrosa ejercida con el automotor, y un segundo vínculo entre la actividad y el responsable de la misma; *vr. gr. “si un peatón víctima demanda al guardián del vehículo, deberá establecer, no solo que el automóvil le causó el daño, sino que también el hecho se generó por la causa de la conducta de su guardián”*²⁷⁰

Lo anterior frente al contrato de leasing automotor tiene un agravante adicional, por la naturaleza de este negocio jurídico, no saca al automotor fuera del comercio, tan solo conlleva e implica una obligación de entregar un automotor para que el locatario pueda explotarlo económicamente y así generar provecho para sí y pagar los cánones de arrendamiento, sin que ello sea obstáculo para que eventualmente el vehículo pueda pasar a terceros para su explotación, estos,

²⁶⁸ Cfr. CSJ Sentencia de 2 de Diciembre de 2011.

²⁶⁹ Al respecto ver nota de pie de página No. 250.

²⁷⁰ Óp. Cit. TAMAYO, tl, pág., 952.

totalmente desconocidos para la víctima, y en tal evento, aquella queda expuesta a una tarea probatoria aún más dispendiosa, ya que el tercero será el nuevo guardián material de la actividad peligrosa.

3.1.2 LA POTENCIAL REVICTIMIZACIÓN

El hecho que la víctima encuentre trabas desde la interposición de la demanda; que al final de su reclamación no logre reparación alguna y que por ello se le cierren las puertas para obtenerla, porque probablemente luego de su reclamación contra la propietaria leasing, su acción en contra del verdadero guardián ya haya caducado; que adicionalmente tenga que sufrir con las consecuencias nocivas del daño y además asumir las costas procesales y todo ello por una causa lícita, como es la búsqueda de la reparación del daño sufrido, por supuesto que eso es revictimizar a la víctima, es someterla a un aparato judicial del cual se predica justicia, pero del que sale en peores condiciones de las que entró, contrariando el orden justo bajo el cual se articula nuestro ordenamiento jurídico a la luz del Estado Social de Derecho y a los fines de la responsabilidad civil, como también los deberes y obligaciones que implica el ejercicio del derecho de dominio.

Sin embargo, frente a ello, hay que recoger la labor favorable de algunos Tribunales y Jueces dentro de la jurisprudencia colombiana, los mismos que valoran el interés superior que requiere la víctima en la relación sustancial del daño, y de esta forma articulan sus fallos conforme a los principios y valores axiológicos legales y constitucionales en nuestro Estado.

3.2. LA JURISPRUDENCIA LIMITA LA RESPONSABILIDAD DE LA LEASING, A LA ESFERA EMINENTEMENTE CONTRACTUAL.

Una de las grandes verdades materiales incuestionables de dicha jurisprudencia es que ha limitado el alcance de los principios que regulan la responsabilidad civil

en Colombia, cuando esta propende por el resarcimiento del daño causado en la esfera externa de un contrato privado.

La Corte Suprema de Justicia ha reducido la responsabilidad civil de la propietaria leasing, a aspectos eminentemente contractuales representados en la mora o incumplimiento de las disposiciones contractuales entre el locatario del automotor y la propietaria leasing, ello sin tener en cuenta el interés superior que reviste la víctima, y por supuesto, los deberes que implica el ejercicio del derecho de dominio sobre un automotor, más cuando la víctima como sujeto ajeno del contrato no ha plasmado su voluntad en dicha convención.

Así mismo, es de apreciar que dentro de dichos contratos de adhesión se pactan cláusulas de exclusión de la responsabilidad civil extracontractual en favor de las propietarias de automotores leasing. Lo anterior altera el orden público, pues si bien los intervinientes pueden regular o prever sus contingencias contractuales, dichas disposiciones no deben ni pueden trascender a la esfera externa del contrato y menos regular disposiciones frente a terceros para sustraerse de obligaciones legales. Frente a ello, se debe afirmar que la jurisprudencia no puede convertirse en protectora de cláusulas de exclusión de responsabilidad frente a terceros, generalmente establecidas en los contratos de leasing automotor, pues como bien se sabe, la fuente de la responsabilidad civil no es el contrato, si no el hecho jurídico, la ley y las normas supra legales, premisa bajo la cual, la Corte Constitucional nos dice:

“La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada

delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.”²⁷¹

Y así mismo, al ser el contrato de leasing automotor un contrato eminentemente privado, partiendo del interés público-social y superior que reviste la víctima en un accidente de tránsito, el Juez debe partir de una postura proactiva para restablecerla en sus derechos afectados, bajo un orden público justo, como lo ordena la Constitución; al respecto la doctrina ha referido lo siguiente,

“La función de la jurisprudencia además de buscar como fundamento de sus sentencias los textos legales que reglamentan las conductas de los individuos, busca en las fuentes supra legales, y meta jurídicas, como la moral, la equidad, la buena fe y el orden público; El orden público como (no es posible derogar mediante contrato las disposiciones de orden público), hoy en día es manejado por la jurisprudencia como de carácter dispositivo, en lugar de prohibir se utiliza para imponer ciertos deberes a los contratantes, que hoy en día modela el contenido obligatorio de los contratos en los que la vida económica y social están particularmente comprometidas, el orden público ha sido aplicado para la protección de intereses categóricos, como en el contrato de trabajo, de arrendamiento, de seguros, el de transporte de personas, etc.”²⁷²

En ese orden de ideas, la teoría de la guarda de las cosas adoptada por la Corte Suprema de Justicia, sin duda alguna está trasgrediendo la institución jurídica de la responsabilidad civil, además que desconoce los deberes del derecho de dominio en Colombia como fuente de la responsabilidad civil, el mismo que se encuentra articulado bajo el esquema de nuestro Estado Social de Derecho, que por su esencia, le impone unos deberes innatos a la propiedad, en contraprestación a la garantía que se le otorga a su titular por el ejercicio de su

²⁷¹ Cfr. Óp. cit., CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1008 de 2010, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.

²⁷² Cfr. Óp. cit. MARTÍNEZ, pág. 286.

derecho por parte del Estado, como quedó visto, se trata de una responsabilidad como “dueño” creador del riesgo, más no como “guardián”.

Finalmente frente a lo anterior, cabe preguntarse, entre otros interrogantes: ¿Si la situación jurídica actual por la que atraviesan las víctimas de automotores leasing se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico?, y si ¿Un contrato que puede generar efectos adversos en contra de terceros, puede ser fuente de exoneración de responsabilidad?, ¿Será que los efectos y consecuencias dañosas generadas por la actividad de un automotor leasing no revisten la importancia de nuestro ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad civil? ¿Qué validez y vigencia jurídica tiene dicha jurisprudencia, bajo nuestro Estado Social de Derecho y los principios, presupuestos y valores que inspiran el moderno derecho de daños?

3.3. LA JURISPRUDENCIA QUEBRANTA LOS PRINCIPIOS DE COHERENCIA Y UNIFORMIDAD

Uno de los principios rectores por los que la jurisprudencia debe propender es por la unificación e integración de las instituciones, principios y valores del ordenamiento jurídico, pues *“(...) el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica”*²⁷³.

Así mismo, la Corte Constitucional, ha indicado:

“Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su procedibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. **Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares** (...) Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del

²⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad No. 634 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

carácter ordenador y unificador de las sub-reglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de procedibilidad antes anotado”.²⁷⁴

Bajo las premisas anteriores, si bien la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que las sociedades de leasing no responden ante terceros por los daños causados con su automotor; la jurisprudencia finalmente termina quebrantando los cometidos de uniformidad y coherencia, en efecto, situados dentro de la misma teoría de la guarda de la actividad peligrosa, le ha dado paso a la responsabilidad a personas jurídicas, propietarios, etc., quienes si bien tienen una relación jurídica y un provecho respecto del vehículo causante del daño, o de una actividad peligrosa que genera el mismo riesgo, ni siquiera estos frente al daño causado alcanzan un compromiso de entidad igual a la que tiene la propietaria leasing, como seguidamente hacemos notar.

3.3.1 PRECEDENTES QUE PERMITEN ENDILGAR RESPONSABILIDAD A LA LEASING EN COLOMBIA

Todo sistema jurídico por el hecho de serlo, debe guardar una unidad y una coherencia intrínseca, ello por cuanto debe operar y responder a principios y valores unitarios y uniformes, solo así se consigue una adecuada armonía y complementación de las instituciones jurídicas a través de las cuales termina operando el derecho; en este caso, en cuanto concierne a la responsabilidad civil y a la reparación de la víctima afectada en el ejercicio de la actividad del

²⁷⁴ *Ibidem*.

transporte automotor, como peligrosa, deber ser que igualmente acarrea como consecuencia obvia, la de ser tratado de manera similar en situaciones donde existen las mismas razones fácticas, en otras palabras, frente a unos mismos supuestos de hecho ha de esperarse la misma consecuencia jurídica, de tal manera que si determinados supuestos no varían sustancialmente, las consecuencias de derecho no deben cambiar, pues no en vano el aforismo, <<el derecho es el mismo para todos>> es un principio universal de derecho²⁷⁵.

3.3.1.1 LA CORTE CONDENA A PROPIETARIOS COMO GUARDIANES MATERIALES A PARTIR DEL PROVECHO DEVENGADO EN LA ACTIVIDAD PELIGROSA

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, ha sentado un precedente según el cual es posible condenar a los propietarios bajo el régimen de responsabilidad civil impuesto por la teoría de la guarda, en la modalidad de “guarda compartida de la actividad peligrosa”, evento en el cual un propietario adquiere una responsabilidad solidaria entre guardianes, bajo el presupuesto de que así este se haya desprendido materialmente de la cosa, si de algún modo participó en la creación del riesgo y además devenga un provecho del bien causante del daño, es responsable porque también tiene la guarda sobre el mismo.

Para la muestra un botón, la Corte condenó al propietario de un inmueble quien celebró un contrato con una sociedad de ingenieros para la construcción de una bodega, en virtud de este, la Corte dio por probado que el poder de dirección y

²⁷⁵ La Corte Constitucional en sentencia C-015 de 2014, consagra un principio rector denominado el test de igualdad, sobre este nos dice: “El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin”.

control de la actividad peligrosa de construcción recaía exclusivamente sobre la sociedad constructora y no así sobre el propietario.

Como consecuencia de la actividad peligrosa de la construcción, una persona que prestaba sus servicios a la constructora resultó cuadrapléjica con ocasión del desplome de una loza de concreto. No obstante lo anterior, la Corte frente a la responsabilidad del propietario adujo:

“que la persona jurídica contratante (propietaria) ***no estaba desligada por completo del gobierno de la actividad peligrosa, pues ella fue precisamente la que creó los riesgos asociados a una empresa semejante, sin que, por lo demás, apareciera evidencia contundente de que hubiese producido un traslado total de su responsabilidad,*** mayormente si, como lo ha reconocido esta Corporación, el carácter de propietario, como atributo del dominio, hace presumir el de guardián, mientras no sea ofrecida una prueba inequívoca en sentido contrario, como se echa de menos en este pleito²⁷⁶. (Negritas y cursivas nuestras)

Y para condenarlo al pago de los perjuicios, estableció que ello se sustentaba en la llamada guarda compartida, en tanto que devengaba un provecho económico, suficiente como para atribuirle responsabilidad:

“el concepto de “guarda compartida” pregonado por la Corte, según el cual, en tratándose de actividades peligrosas, ***“... no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros ...”***; ciertamente, se trata de situaciones, como la que muestra este asunto, donde varias personas (...) no permanecen apartadas ni indiferentes al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada, ***actitud que, por fuerza, ha de***

²⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de Mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete, En el mismo sentido ver: G.J. t. CXLII, pág. 183; reiterada en CLV, 139; CCLVIII, 374; 20 de junio de 2000, Exp. 5617; 12 de febrero de 2002, Exp. 6762.

*entenderse asumida en la medida en que de ella se obtiene un lucro o provecho económico evidente, que se torna significativo para poner de manifiesto la existencia de un factor suficiente de atribución de responsabilidad civil*²⁷⁷

(Negritas y cursivas nuestras)

De esta forma se demostró frente al evento dañoso que la propietaria del inmueble: **(i)** únicamente tenía el carácter de propietaria y poseedora, **(ii)** mas no tenía la guarda material representada en la dirección y control de la actividad peligrosa de construcción, pues la misma recaía en cabeza de la sociedad constructora, no obstante, **(iii)** se le considera guardiana porque a pesar de haber trasladado la guarda material en virtud de un contrato de construcción, devengaba un provecho y, en consecuencia, **(iv)** declara su responsabilidad solidaria y la condena al pago de perjuicios a terceros.

En el tema de estudio, frente al hecho dañoso: la leasing **(i)** únicamente tiene carácter de propietaria y poseedora, **(ii)** mas no tiene la guarda material representada en la dirección y control de la actividad peligrosa de conducción del automotor, **(iii)** pese a que la leasing propietaria y poseedora del automotor, recibe un provecho económico a partir de la actividad del automotor, la Corte no le reconoce su condición de guardiana y, en consecuencia, **(iv)** no declara su responsabilidad solidaria y no la condena al pago de perjuicios a terceros.

Frente a lo anterior surgen los siguientes interrogantes: ¿Es razonable considerar la clase de los bienes con los cuales se ejerce la actividad peligrosa (muebles o inmuebles) para de acuerdo con ello deducir la responsabilidad?, ¿si con los mismos y con su actividad se producen los mismos riesgos? ¿Acaso la relación jurídica de propietario leasing es diferente a la de otros propietarios? ¿Cuál es la razón jurídica y razonable para que la Corte quebrante el derecho de igualdad ante los propietarios y comprometa la coherencia de la jurisprudencia? , ¿Por qué

²⁷⁷ Cfr. Ibídem. En el mismo sentido ver: G.J. t. CCXLVI, Vol. I, pág. 471; cfr. sentencia de 12 de febrero de 2002, Exp. 6762, no publicada aun oficialmente.

allá privilegia el provecho de la propietaria del inmueble para atribuirle la guarda y acá lo menosprecia para exonerar a la leasing y negarle su calidad de guardiana?

3.3.1.2 EN LA TEORÍA DE LA GUARDA MATERIAL LA LEASING RESPONDE COMO PROPIETARIA-POSEEDORA MATERIAL

Desde esta óptica la leasing también debe responder en su condición de poseedora material, porque a partir de tal calidad es válido predicarle también su calidad de guardiana.

Dicha eventualidad surge cuando la misma Corte, luego de discurrir por la teoría de la guarda, estableciendo qué sujetos no son responsables, entre ellos, el propietario *“que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico”*, a renglón seguido, establece algunos sujetos que sí son responsables, entre ellos, *“(ii) los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás”*.²⁷⁸ (Negritas nuestras).

En esta hipótesis nuevamente la jurisprudencia objeto de estudio, sin un argumento razonable, fractura la uniformidad o coherencia de sus precedentes, en el tema de la responsabilidad del poseedor del bien con el cual se ejerce una actividad peligrosa, acogéndola por vía general y sin mayor fundamento la ha excluido para la propietaria del automotor leasing, quien sin discusión es poseedora del bien con calidad de dueña.

La leasing, como quedó visto, si bien no tiene el uso, tiene con calidad de dueña la posesión del automotor en la medida en que se reserva la facultad de disposición y ejerce de forma compartida un provecho representado en el goce del bien como expresión de su posesión, ello obedece a que si en principio, la norma financiera

²⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, Sentencia del 23 de Abril de 2003, y 2 de diciembre de 2011.

le impide realizar una actividad diferente a la de financiar, no le impide ejercer el dominio sobre su automotor.

Así las cosas, no es desatinada la censura de la víctima en sede de casación, con la que pretendía una indemnización por parte de la propietaria del automotor leasing, que no le fue concedida, cuando estimó que:

*“En el proceso, puntualiza la censura, está acreditado que la sociedad propietaria del vehículo causante del accidente era, además, su poseedora, ya que uno de los actos posesorios es el de arrendarlo, tal como lo prevé el artículo 762 del Código Civil, norma que no tuvo en cuenta el Tribunal, y estando demostrado, tanto el dominio, como la posesión del vehículo en cabeza de la sociedad (...) LEASING S.A., se reúnen los presupuestos materiales establecidos en el artículo 2356 del Código Civil para que deba indemnizar los perjuicios morales y materiales del daño ocasionado en forma solidaria con el conductor del vehículo”.*²⁷⁹

3.3.1.3 LA CORTE LE ATRIBUYE RESPONSABILIDAD A LOS AGENTES VINCULADOS JURÍDICAMENTE AL AUTOMOTOR SIN SER GUARDIANES MATERIALES

Insistimos en que el estado de la jurisprudencia patria, no solo quebranta la unidad y la coherencia en el régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, concretamente con relación a los daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas, como quiera que, y para citar otro ejemplo, por regla general, las empresas o sociedades de transporte, son llamadas civil, solidaria y extracontractualmente a responder por los daños que sus vehículos afiliados causan a terceros; cuál la razón, ser meramente afiladoras, habilitantes de la operación del vehículo, aspecto meramente formal, que no sustancial, pues nótese que muchas de tales empresas ni siquiera tienen la guarda ni la dirección

²⁷⁹ Las víctimas, en la censura de casación dentro de la Sentencia 22 de abril de 2002.

ni el control efectivo del automotor, y, si de juzgar el provecho se trata, en la generalidad de los casos, los derechos o costos de afiliación que ellas perciben son pírricos, irrisorios, es decir, el provecho económico es insignificante y, sin embargo tales empresas son responsables solidariamente. Al respecto es nutrida la jurisprudencia, la Corte ha dicho:

“Dentro del contexto que se viene desarrollando es de verse, por consiguiente, cómo las sociedades transportadoras, en cuanto afiliadoras para la prestación regular del servicio a su cargo, independientemente de que no tengan la propiedad del vehículo respectivo, ostentan el calificativo de guardianas de las cosas con las cuales ejecutan las actividades propias de su objeto social, no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado

(...) En este orden de ideas, es palmario que cuando como consecuencia de la realización de la actividad de transporte, con el instrumento mediante el cual ese servicio es cumplido, se ejecuta un hecho que causa daño a otros, la acción a través de la cual se reclame la reparación de la consiguiente indemnización puede intentarse involucrando como contradictor, aparte de otras personas como, verbi gratia, al conductor o al propietario, únicamente a la compañía transportadora en la cual el vehículo se hallaba afiliado para la época del accidente, pues, por efecto del principio de solidaridad que campea en la materia, del que trata el artículo 2344 del Código Civil, al decir que si un hecho como el que involucra este proceso ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo, “la víctima o acreedor queda facultado para exigir la totalidad del crédito

respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente, o igualmente por la totalidad contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que éstos puedan oponerle el beneficio de división”(G. J., t. CLXXX, pag.280)²⁸⁰.

Ahora bien, la operación del vehículo vinculado a un contrato leasing y la operación de un vehículo, especialmente destinado al transporte terrestre de carga, afiliado ante una empresa de transporte, son dos manifestaciones de una misma realidad jurídica, sometida a idénticos requisitos, elementos y efectos; **(i)** circulación terrestre automotor, esto es el ejercicio de una actividad peligrosa, **(ii)** conllevan el mismo o la misma potencialidad de riesgo, **(iii)** los terceros son las mismas potenciales víctimas, **(iv)** existen varios titulares o vinculados mediante una relación jurídica con el automotor, quienes de una y otra manera, perciben provecho económico y, más lucro y provecho percibe la propietaria del automotor leasing, en tanto que la contraprestación económica a su favor y los componentes del canon conllevan una especial y significativa ganancia o provecho superiores en todo caso a los meros costos de afiliación²⁸¹, **(v)** Se atenta contra el principio general, frente al cual en el escenario de la responsabilidad civil extracontractual todos los sujetos vinculados a la actividad responden solidariamente frente a la víctima del daño, **(vi)** Ni el contrato de afiliación ni el contrato leasing automotor, puede estipular cláusulas exonerativas de responsabilidad frente a los terceros y víctimas del ilícito civil, del accidente de tránsito, pues ello fractura en nuestro criterio, el principio general bajo el cual no es dable pactar cláusulas exonerativas en la responsabilidad civil extracontractual; violenta así mismo, el principio y regla general del derecho, vigente desde el derecho romano, “*res inter alios acta tertiis nec nocent nec prosunt*”, cuyo significado no es otro, que las convenciones entre las partes no engendran ni comprometen para los terceros que no han sido partes del contrato ni sus derechos ni obligaciones; los terceros ajenos a esa relación

²⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sentencia de 20 de junio de 2005*, Expediente: 7627. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

²⁸¹ Como ejemplo de ello, en la ciudad de San Juan de Pasto, Colombia, las empresas de transporte afiliadoras de automotores-taxi, reciben por concepto de afiliación, una cuota mensual de hasta diez mil pesos (\$10.000 o su equivalente a 3.5 US), y a aun así, deben responder de forma solidaria por los daños causados a terceros con dichos automotores sobre los cuales, no tienen ningún tipo de control ni dirección.

negocial no pueden salir afectados, pues no ha sido parte en el mismo, por lo que los efectos jurídicos del mismo vincularan únicamente a las partes que lo realizaron.

3.3.1.4 LA JURISPRUDENCIA EN CASOS SIMILARES ATRIBUYE RESPONSABILIDAD OBJETIVA A LOS AGENTES, POR EL RIESGO CREADO Y EL PROVECHO DE LA ACTIVIDAD PELIGROSA

La Corte, en casos similares como el de la empresa de transportes que únicamente como quedó visto, vincula para que el automotor pudiese prestar un servicio público de transporte, en virtud de un “contrato de afiliación”, la ha condenado de forma solidaria, por encima de la teoría de la guarda, bajo los criterios objetivos como el del riesgo y el provecho a causa del vínculo jurídico de afiliación por considerar a la teoría objetiva más garantista y beneficiosa para las víctimas.

En la siguiente sentencia podemos observar que la empresa de transportes demostró que, ni era propietaria, ni tenía la guarda material del automotor; aun así, resultó siendo condenada al pago de la indemnización frente a los terceros, solo en virtud del riesgo inherente del automotor al cual se encontraba previamente vinculado por la sola afiliación, devengando un pírrico provecho

“La tesis medular (..) fue que tanto el conductor, la propietaria y la persona jurídica afiliadora del rodante debían responder solidariamente del daño causado acogiendo la Teoría del Riesgo, luego de ponderarla con la Teoría de la Guarda, por ser **“más coherente y tener más aplicación práctica”**:

‘Esta teoría busca ‘establecer un criterio adecuado para los fines del derecho y de las necesidades sociales de nuestra época por medio del cual determinar quién o quiénes son los responsables de un daño ocasionado a una persona natural o jurídica que no tenía por qué soportar’ (...) ‘En efecto, la noción clásica de culpa era insuficiente ya que en muchas ocasiones es casi imposible determinar quién fue el

*que ocasionó el hecho dañino, en especial, teniendo en cuenta que en nuestra época, debido a la tecnificación, al crecimiento de las ciudades y la complejidad de nuestra sociedad, determinar quién tiene la culpa resultaba una tarea inmanejable.(...) ‘Y en materia de accidente de tránsito, la aplicación de esta tesis se hace más razonable ya que con la **Teoría del Riesgo están incluidos: el conductor, el propietario del vehículo, y la empresa afiliadora, porque todos crearon un riesgo. (...) ‘La explicación es la siguiente: tanto el conductor como el propietario y la empresa afiliadora se lucran de la actividad peligrosa. Ahora bien, son responsables no solo por el hecho de lucrarse sino porque crean un riesgo’.** (...) ‘El apoderado de la empresa (transportadora) S.A procura que se exonere a la empresa del pago de los perjuicios ya que ella es ajena a la guarda del vehículo. **Sin embargo, el hecho es inherente al ejercicio de una actividad peligrosa como lo es la conducción de vehículo de transporte público. Luego existe conciencia suficiente que la actividad que ejerce la empresa conlleva un riesgo al que no puede desvincularse’.**²⁸²*

(Paréntesis y negritas nuestros)

Conforme a lo anterior, la transportadora demostró **(i)** que no era propietaria del automotor pero había celebrado un contrato con el cual generó un vínculo con este, **(ii)** demostró que únicamente se trataba de un vínculo jurídico y en consecuencia no tenía la guarda material del automotor, sin embargo **(iii)** a partir del vínculo contractual, del cual consintió involucrarse, obtenía un provecho de la actividad peligrosa y en consecuencia, **(iv)** resultó condenada en favor de las víctimas.

Confrontando lo anterior, tenemos que la leasing **(i)** es propietaria del automotor y como tal se encuentra vinculada no como afiliadora sino en calidad de propietaria y poseedora del mismo, **(ii)** a partir del vínculo contractual de leasing automotor se desprende de la guarda material del automotor, **(iii)** sin embargo, a partir de este vínculo comercial del cual libremente consintió involucrarse en una actividad peligrosa, de la cual recibe un provecho económico significativo, **(iv)** la Corte no declara su responsabilidad solidaria frente a terceros.

²⁸² Cfr. *Ibidem*.

Razón por la cual no vemos el por qué la Corte no favorece a la víctima cuando su extremo pasivo es la propietaria del automotor leasing, en otras palabras, sustancialmente frente a la transportadora, le otorga más valor al vínculo de afiliación, sin embargo, frente a la leasing, hace prevalecer las cláusulas contractuales por encima de su calidad de propietaria – poseedora, del provecho que recibe y en fin que por su decisión negocial desplegó una actividad peligrosa. ¿Qué tan coherente y sostenible frente al derecho de daños, es que nuestra Corte condene a una persona sin ser propietaria, ni poseedora, ni tenedora a ningún título, ni administradora, ni guardiana material del automotor, como el caso de la empresa afiliadora y, termine exonerando a la propietaria leasing, quien es propietaria – poseedora, y además percibe un provecho derivado de la actividad peligrosa que ella mismo consciente?, ¿Será que para efectos de la responsabilidad civil, el solo vínculo contractual de afiliación, es mayor al vínculo del contrato de leasing automotor?, ¿Acaso la calidad de propietaria del automotor es de menor responsabilidad que la calidad de afiliadora? ¿Acaso en respeto de la igualdad y uniformidad, la teoría del riesgo provecho no es posible aplicarla frente a propietarias de automotores leasing?

Conforme a lo visto, debemos acotar que la jurisprudencia ofrece un tratamiento desigualitario frente a las víctimas de automotores leasing; por lo tanto debemos destacar y afirmar, que la propietaria del automotor leasing está llamada a responder ya sea bajo la teoría objetiva del riesgo creado: pues crea un riesgo a partir de un contrato; la del riesgo provecho: pues devenga un provecho del contrato de leasing automotor, o como ya se advirtió, responde en la teoría de guardián de la actividad peligrosa, (i) ya sea como propietaria - poseedora material, o (ii) en la teoría de “guarda compartida” cuando adquiere tal calidad en tanto que devenga un provecho de la actividad peligrosa, pues así lo establece nuestra propia Corte Suprema de Justicia Colombiana, al sentar precedentes que no revisten diferencia alguna.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Y SOLIDARIA DE LA PROPIETARIA DEL AUTOMOTOR LEASING, EN COLOMBIA

Frente a los daños causados por el ejercicio del transporte automotor de los vehículos vinculados al contrato leasing; tal cual están las cosas y el estado de la jurisprudencia patria, dicha postura rompe la unidad y la coherencia en el régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, concretamente en relación con los daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas, como quiera que, solo para citar este ejemplo, por regla general y como ya se ilustró, las empresas o sociedades de transporte, son llamadas civil y extracontractualmente a responder por los daños que sus vehículos afiliados causan a terceros; cuál la razón, *ser meramente afiladoras, habilitantes de la operación del vehículo, aspecto meramente formal, que no sustancial*, pues nótese que muchas de tales empresas ni siquiera tienen la guarda ni control efectivo del automotor y si de juzgar el provecho se trata, en la generalidad de los casos, los derechos de afiliación son pírricos, irrisorios, es decir, el provecho económico es insignificante y, sin embargo tales empresas son responsables solidariamente.

Las propietarias de automotores leasing, por causa del citado contrato perciben un provecho económico y, eso se logra justamente a partir del ejercicio de su derecho de dominio, en el cual libre y voluntariamente consienten el uso de su automotor en favor de un tercero para su explotación en las calles y carreteras colombianas, que a los ojos de la sociedad no en más que el desarrollo de una actividad peligrosa, desplegada con el automotor de su propiedad.

Reiteramos que el hecho de adquirir la propiedad y reservársela dentro del contrato de leasing automotor no es una “simple condición contractual”. Una mirada sustancial de la relación jurídica de la sociedad leasing con el automotor,

no solo es el provecho que percibe, sino su vinculación o titularidad jurídica con el bien, es la propietaria, es la poseedora, tiene poder de disposición y de dirección, facultades que las reserva y detenta, suficientes para también responder pasivamente de las obligaciones que genera la actividad del automotor, ello, conforme a los deberes constitucionales y legales que el ejercicio del derecho de dominio le imponen ante terceros.

No se justifica que en el escenario del daño causado por el ejercicio del transporte automotor (actividad peligrosa) de un vehículo vinculado a un contrato de leasing, la sociedad leasing, sea excluida de la obligación indemnizatoria, perdiendo entonces la víctima una garantía más para lograr una completa reparación de los daños sufridos por causa del accidente, en efecto:

Es indiscutible que la sociedad leasing, tiene un vínculo jurídico no solo legal sino contractual con el vehículo causante del daño, pues en tanto **(i)** La leasing, pese al contrato y en vigencia de éste sigue siendo propietaria del automotor, en tanto que se reserva el derecho de dominio, al mismo que le corresponden unos deberes u obligaciones que no pueden desconocerse, **(ii)** con calidad de dueña ostenta la posesión material del bien, pues el locatario es mero tenedor y no de otra manera, puede al final del contrato hacer uso del derecho de compra, de un automotor que justamente es de propiedad y posesión de la sociedad leasing.

Con base en el principio de “solidaridad” bajo el cual se erige nuestro Estado Social de Derecho como en el escenario de la responsabilidad civil, es postura generalmente aceptada que cuando el daño ha sido causado por varias personas que concurren a su producción, todos los agentes, frente a la víctima responden solidariamente, ello, desde luego, sin perjuicio de la posibilidad de repetición que por causa de la distribución interna pueden tener entre sí los distintos atentes generadores del daño.

Si bien el contrato de leasing automotor juega un papel importante como instrumento para la generación de riqueza para el desarrollo social, ni el Estado colombiano ni su legislador pueden permitir que sus intervinientes sean objeto de exoneración de sus obligaciones frente a la sociedad moderna, ello no se justifica, por ello se propone y resulta elemental que todos los agentes (propietaria leasing, conductor, transportadora) en su finalidad de la consecución de provecho económico, beneficio o, riqueza, deben también ser solidarios con la víctima; en otras palabras, la sociedad moderna reclama que si bien, en el proyecto de generar riqueza a través de un medio negocial que de suyo genera una actividad riesgosa, con un alto grado y potencialidad de causar daños a terceros, también deban responder solidariamente por las afectaciones causadas a las personas.

Muchas veces el locatario por sí solo no tiene las condiciones para enfrentar la magnitud del daño la reparación integral de la víctima, y es por esta razón que ninguno de los intervinientes en el contrato de leasing automotor puede sustraerse de la responsabilidad, más cuando se genera un riesgo a la sociedad y por supuesto, cuando se obtienen un provecho a partir de ello. Evidentemente esta concepción solo es válida en la medida en que, si lo que pretende el derecho de daños, es proteger los derechos de la víctima, a esta se la tome como “persona” y no como sujeto accidental o tangencial más en el “consumo” y “generación de la riqueza”. *“La responsabilidad civil sostiene PIZARRO y VALLESPINOS, no puede ser usada solo para satisfacer intereses económicos sectoriales, que procuran optimizar costos y beneficios, a expensas de los damnificados”²⁸³.*

La sociedad moderna nos convoca a ello, y el derecho no puede soslayar su propia época, de allí que se diga que un ordenamiento jurídico implica una renovación permanente acorde a las necesidades sociales de la época; si lo que se pretende es la protección y búsqueda del orden justo, y ello solo es posible al amparo de una justicia material, entonces hay que reconducir no solo a nivel

²⁸³ Cfr. Óp. cit. RAMONDA, Margarita, pág. 17.

jurisprudencial sino legal los presupuestos sobre los cuales hoy se levanta en Colombia la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, para adecuarla a los nuevos principios y valores del derecho de daños, como ya muchos otros regímenes foráneos lo han hecho, todo ello en una decidida protección y realización de los derechos subjetivos de las víctimas.

El caso de la propietaria del automotor leasing, no puede ser la excepción a este principio solidario, sin duda alguna representa un sujeto de gran poderío económico para la reparación de la víctima, más si tenemos en cuenta los requisitos y estructura económica con los que debe contar para su constitución dentro de un sistema financiero, así como los grandes rendimientos que le deja el contrato de leasing automotor, dada su demanda en masa y según lo evidencian las cifras suministradas por la Federación Colombiana de Compañías de Leasing - FEDELEASING.

Tampoco se trata de sentenciar la celebración de los contratos de leasing automotor en Colombia, pues es loable resaltar el impacto en el desarrollo social, como mecanismo de financiación indirecta que ha demostrado tanto en la historia nacional e internacional, pero ello no es motivo para que el contrato de leasing, se convierta en una excusa para soslayar la responsabilidad de la leasing como propietaria del automotor; se trata más bien, que su rol como parte dominante en el contrato y su rol prominente en el sistema económico financiero del país, frente a la sociedad se articule a las nuevas exigencias de la responsabilidad civil que imponen nuestro Estado Social de Derecho.

El hecho que la propietaria del automotor leasing responda ante terceros de forma solidaria, genera un efecto indiscutiblemente favorable no solo para las víctimas, sino para el incremento y demanda de este tipo de contratos, pues vuelve a esta figura comercial más interesante, segura y llamativa a los ojos del consumidor financiero - locatario de automotores leasing -, quien también en la búsqueda de

su riqueza, busca mecanismos que le brinden seguridad, confianza y soporte para tal fin, lo que se traduciría en una mayor demanda de este contrato

Así pues, exonerar a la propietaria del automotor leasing, es desdeñar, conspirar contra el sistema de responsabilidad civil y la protección de las víctimas, hacer prevalecer el aspecto formal del contrato leasing automotor y violentar los principios generales que edifican la responsabilidad civil extracontractual, erosiona y resquebraja así mismo, el principio general de “solidaridad” de los todos los agentes vinculados a las cosas o a las actividades causantes del daño extracontractual.

Está claro que la propietaria del automotor leasing, en ejercicio de su derecho de dominio expresado a través del contrato, puede causar daños a terceros, exonerarla se encuentra fuera de contexto de la responsabilidad civil y del derecho del moderno derecho de daños, toda vez que su responsabilidad se reclama no como guardiana de la actividad peligrosa sino, por su calidad de propietaria del automotor, y como tal, participa en la creación del riesgo, del cual obtiene un provecho económico.

Atribuirle responsabilidad solidaria espeta y armoniza con el principio general bajo el cual en la responsabilidad civil extracontractual no se admiten causales exonerativas de la responsabilidad frente a los terceros, las potenciales víctimas del daño, quienes son ajenas a dicha relación contractual, pues bien lo ha resaltado nuestra Corte Constitucional:

Las relaciones jurídicas privadas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, cuando los particulares en sus relaciones ponen en riesgo o quebrantan los derechos y garantías fundamentales en circunstancias que merecen especial protección, el efecto horizontal de los derechos fundamentales altera la aplicación del principio de autonomía de la voluntad,

corrigiendo las asimetrías que la existencia de una parte vulnerable y una parte dominante puedan ocasionar.²⁸⁴

O como bien lo expresa la doctrina internacional:

(...) hoy en día, y desde hace un buen tiempo, nadie concibe a los derechos subjetivos como absolutos y en contraposición a veces con los derechos de otros o los intereses o el bienestar social, sino, por el contrario, hoy se los concibe relativizados y en armonía con esos otros derechos o intereses, y, sin duda, en armonía con el interés general de la sociedad. Por eso mismo, el derecho de propiedad contemporáneo se encuentra esencialmente limitado para hacerlo coordinar con el interés general. Cuando hablo de un derecho de propiedad contemporáneo, lo hago para diferenciarlo de aquel derecho de propiedad liberal, que quedó recogido en los códigos decimonónicos y que se caracteriza por ser absoluto y "eventualmente limitable ab externo por expresas previsiones legales"²⁸⁵

Y en ese mismo sentido, frente a la responsabilidad de la leasing como propietaria de automotores, se ha expuesto:

"Pues bien, usualmente se diría que el marco de la responsabilidad en el contrato de leasing, se reduce, justamente, a ámbitos contractuales. Ello es claro y ningún sistema jurídico podría eludir esta área de la responsabilidad. Sin embargo, debido a que esta operación jurídica importa la transmisión del dador (titular) al tomador de la tenencia de una cosa (que puede ser riesgosa o que al menos puede causar daño a terceros), el ámbito de responsabilidad frente a terceros amplía su horizonte a la esfera extracontractual y eventualmente a la aplicación de la responsabilidad objetiva"²⁸⁶. (Negritas nuestras)

²⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Tutela No. 883 de 2014, Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

²⁸⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "La Función Social como Delimitación Interna e Inherente del Derecho de Propiedad y la Conservación del Patrimonio Ambiental", Valdivia, Revista de Derecho, N° Especial, agosto 1998, pp. 153-172.

²⁸⁶ Cfr. Óp. Cit. MOLINA SANDOVAL, Carlos.

O como ya lo advirtió un Tribunal colombiano en el debate de la responsabilidad de la propietaria de un automotor leasing, en el cual resultó condenada por los daños causados a terceros:

“aparecer como titular del derecho de dominio de un bien al tenor del ordenamiento jurídico patrio, no resulta ser una ‘simple condición’, en momentos en que la Carta Política advierte que la ‘propiedad es una función social que implica obligaciones’ (art. 58), de manera que no puede soslayarse título de propiedad semejante, so pretexto de eludir responsabilidad”²⁸⁷.

(Negritas y cursivas nuestras)

De allí que nuestra propuesta, resulta a las claras, más ventajosa para la víctima, pues privilegia los principios *pro victimae* y *pro damnato*; conlleva o responde así mismo, a una unificación de la responsabilidad civil, la vuelve coherente y sistemática bajo el diseño de nuestro Estado Social de Derecho.

Todo lo anterior, lo ha enseñado la misma historia de la responsabilidad civil, pues fue a partir de la revolución industrial de siglo XVIII que se dejaron las concepciones absolutas de la propiedad, donde el objetivo era producir la riqueza a costa de todo, incluso por encima del hombre, no obstante el siglo XXI, reviste otra concepción moderna de la sociedad, en la que la persona es el eje central de la misma y se propende como quedó visto, por valores humanos, entre ellos, la solidaridad, la dignidad humana, el respeto a los derechos del otro, pues el desarrollo económico-social situado dentro desde este contexto no puede concebirse sin estos. Ejercer de manera absoluta la propiedad sin responsabilidad por las consecuencias dañosas, es el mejor ejemplo de un comportamiento arbitrario, hoy causante de la devastación de la naturaleza, la contaminación, la deforestación, la extinción de especies, etc., y en lo que aquí corresponde,

²⁸⁷ Consideraciones de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sentencia de casación de 4 de abril de 2013 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

exonerar a la propietaria del automotor leasing, constituye otra arbitrariedad frente al derecho de garantía y protección jurídica de la víctima.

“El Estado Social de Derecho impone un Derecho civil sensible a los intereses generales y colectivos, cuya protección a de constituir un principio activo de toda relación jurídica, y por cuyo cumplimiento debe velar el Estado, que ya no ocupa una posición neutral en la relaciones interindividuales. Por ello, cabe hablar de una verdadera “socialización” del derecho civil, que no se ve en términos ya peyorativos, como un ataque al Derecho civil. Éste, en efecto, debe contemplar los intereses sociales o colectivos y adecuarse a la protección de los intereses de aquellos miembros de la sociedad, más débiles (los consumidores, los usuarios, los menores, los incapaces, las víctimas de daños y perjuicios), y de los valores colectivos imperantes (igualdad, productividad de la riqueza, empleo racional del medio ambiente, etc.). El civilista moderno no pierde de vista el peso que adquieren los fenómenos colectivos y la idea social que sustituye unas veces, y superpone otras, a la idea individual. Frente a un ordenamiento de actividades netamente individuales, el Derecho civil actual es el ordenamiento de las “formas asociativas”, de la “cooperación humana”, que caracteriza a toda la actividad económica moderna. Las ideas de solidaridad social y protección de los intereses generales y colectivos ya no son ajenas al Derecho civil, y presiden, por imperativo del Estado Social y democrático de Derecho, las viejas y las nuevas instituciones que lo integran”²⁸⁸.

Es por ello, que nuestro ordenamiento jurídico no puede ser inferior a las exigencias de la sociedad moderna, el derecho de la responsabilidad civil frente a los accidentes de tránsito vehicular en Colombia, está llamado a adoptar las actuales y vigentes teorías objetivas para la atribución de responsabilidad, pues es claro apreciar que a nivel internacional, la gran mayoría de ordenamientos jurídicos ya han positivizado dichos criterios de imputación, todo lo cual, propende por una garantía y seguridad jurídica para las víctimas acaecidas en accidentes de tránsito automotor, las mismas que a diario se presentan en las calles y carreteras colombianas.

²⁸⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Problemas Actuales de la Responsabilidad Civil”, módulo de formación de jueces y magistrados, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Óp. cit., pág. 34.

5. RECOMENDACIONES GENERALES Y PRÁCTICAS PARA EL LEGISLADOR COLOMBIANO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO AUTOMOTOR

Mal haríamos en finalizar este estudio, sin sugerir algunas recomendaciones al legislador colombiano, más si tenemos en cuenta que no contamos con una normatividad expresa que regule la responsabilidad por accidentes de tránsito automotor²⁸⁹, omisión legislativa que está en mora de superarse frente al derecho de reparación legítimo de las víctimas. Se trata de una normatividad que propenda de manera uniforme, coherente y acorde con las nuevas exigencias de la sociedad colombiana, en términos de igualdad, solidaridad entre las personas vinculadas al daño; que brinde una seguridad jurídica de reparación para las víctimas, pues ello, no es más que respetar y armoniza esta especie de la responsabilidad civil con los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho; que además permita situar a nuestro régimen a nivel de los estándares de responsabilidad civil internacionales, tal como muchos países lo han hecho. Así pues hemos considerado lo siguiente:

5.1. FRENTE AL CARÁCTER GENERAL DE LA NORMA

- (i)** El legislador deberá partir en su premisa normativa, de que el tránsito o transporte automotor, comprende un riesgo para la sociedad y que por tanto se trata del ejercicio de una actividad peligrosa.

²⁸⁹ “pues las normas que hoy existen sobre la responsabilidad civil, se limitan a unas tímidas previsiones, centradas casi siempre en el transporte del servicio público, sin que disponga de un programa estructural y orgánico, que incluya los diversos aspectos preventivos, que tocan con los requisitos habilitantes, y de comportamiento del conductor, con el mantenimiento y estado de los vehículos e inclusive de la infraestructura vial, con miras a disponer que la administración de ese riesgo tenga incorporado un blindaje sistémico, consistente y continuo, en el que participe el Estado y los responsables de los automotores, en especial cuando se puedan afectar la vida y la integridad física.” (Cfr. Óp. cit., LONDOÑO GONZALES, J Ernesto, “Sociedad Conductores y Vehículos Riesgo Social y Responsabilidad Civil”, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil hoy, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil, Revista No. 20 de 2006. Óp. cit., pág. 76.)

- (ii) Por tanto, superar la culpa como criterio de atribución de la responsabilidad, y reemplazarla con los criterios objetivos de la responsabilidad que esta actividad peligrosa conlleva, como el “riesgo inherente al automotor”, “el riesgo creado” o incluso “el provecho” devengado por el ejercicio de la actividad peligrosa del automotor.
- (iii) Para efectos de la exclusión de la responsabilidad, debe delimitar las situaciones que desvirtúen de forma objetiva el nexo causal, como son el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima y el caso fortuito y no sobre aspectos subjetivos como la culpa.
- (iv) La norma debe establecer un tratamiento justo e igualitario para todos los agentes causantes del daño y por consiguiente para todas las víctimas.

5.2. FRENTE A LAS VÍCTIMAS

- (i) El legislador debe considerar que las víctimas son la parte débil en un accidente de tránsito automotor.
- (ii) Frente a ellas la norma debe ser garantista, fomentar el valor de protección y respecto a cualquier clase de daños (patrimoniales o extrapatrimoniales) debe asegurar de manera efectiva la reparación integral.

5.3. FRENTE A LOS SUJETOS CAUSANTES DEL DAÑO

- (i) Deberá consagrar, sin excepción, el principio de “solidaridad” entre los generadores o creadores del riesgo con el automotor, quienes tendrán que reparar el daño de forma integral.

- (ii)** Frente a los propietarios debe tener en cuenta que el dominio sobre el automotor no es una simple “condición”, pues tanto la Constitución como la ley imponen unas cargas y obligaciones a su titular, las que no pueden ser desconocidas; su responsabilidad gravitará siempre por el ejercicio voluntario del derecho de dominio sobre el automotor.
- (iii)** Para el caso de los automotores entregados en leasing, la norma debe establecer, a cargo de la propietaria, como parte dominante del contrato, la obligación de tomar una póliza de seguros en orden a salvaguardar su patrimonio y garantizar los daños causados a terceros por la actividad de su automotor.
- (iv)** En orden a ilustrar nuestra propuesta, se pueden tener en cuenta la propuesta contenida en el proyecto argentino del Código Civil Unificado de 1998 o el régimen peruano en la materia.

6. CONCLUSIONES FINALES

El contrato de leasing automotor juega un papel importante en la expansión del parque automotor rodante en Colombia, se trata de un contrato comercial de gran envergadura dentro del sistema financiero, para la adquisición de automotores, ya sea para su uso personal o para su explotación económica. El parque automotor rodante a lo largo y ancho del territorio colombiano, sin duda alguna, es un constante generador de riesgo a la población, el mismo que es capaz de afectar derechos fundamentales como la vida, salud, integridad física, y claro está, también el patrimonio de las personas

La demanda comercial del leasing automotor es cada vez más creciente, en él los sus intervinientes devengan provecho y beneficio y si bien se oferta para todos los ciudadanos, no todos pueden acceder al mismo dadas sus condiciones onerosas, de allí que sea principalmente acogido por el sector empresarial y comercial (transporte de carga y pasajeros).

El contrato leasing automotor debe reunir los requisitos generales para su validez (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos), pero además, como elementos esenciales para su nacimiento a la vida jurídica, se requiere de la presencia de los siguientes: precio, plazo y pactar una opción de compra en favor del locatario.

La institución de la responsabilidad civil juega un papel toral dentro de la sociedad moderna, toda vez que esta propende como fin y función esencial por la reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas, de allí que haya sido permeada por principios y valores, que la han terminado humanizando; muestra de ello es que frente a la reparación, el centro de atención ahora es el daño y no la conducta de los agentes productores, pues causado aquel, sus productores fatalmente tienen que repararlo, y por esta razón frente a

las actividades peligrosas, se ha migrado hacia una responsabilidad civil objetiva fundada en el riesgo como criterio de atribución, la misma que garantiza una reparación más eficaz para las víctimas.

En el régimen jurídico colombiano, no existe una legislación específica que establezca el régimen de responsabilidad civil por accidentes de tránsito con automotores. La responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, ha sido desarrollada con base en el art. 2356 del Código Civil y conforme a un criterio jurisprudencial tradicional de imputación subjetiva basado en la culpa, la misma que se presume del guardián de la actividad peligrosa, es decir, de quien cuenta con los poderes de mando, control y dirección sobre el automotor.

Frente a la responsabilidad civil de las propietarias de automotores leasing, por los daños causados a terceros, pese a ser propietarias y poseedoras del automotor, la Corte Suprema de Justicia ha trazado un precedente: La exclusión de su responsabilidad civil extracontractual, ello con el argumento de que estas propietarias carecen de la guarda material del automotor que se ve comprometido en la actividad peligrosa causante del daño, dado que mediante un contrato de leasing transfirieron la tenencia de su automotor a un tercero, en consecuencia, este tenedor, en virtud de la relación negocial del leasing, es el único responsable de los daños causados a terceros por cuanto tiene a su cargo el poder de dirección y control sobre el automotor.

En materia de responsabilidad por actividades peligrosas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es inconsistente y discriminatoria, frente a casos que deben revestir similar tratamiento, lo que está generando inseguridad jurídica para las víctimas.

Dicha crisis obedece a la reticencia de la Corte en acoger la teoría objetiva de atribución del daño derivado de las actividades peligrosas, y en cambio sí las

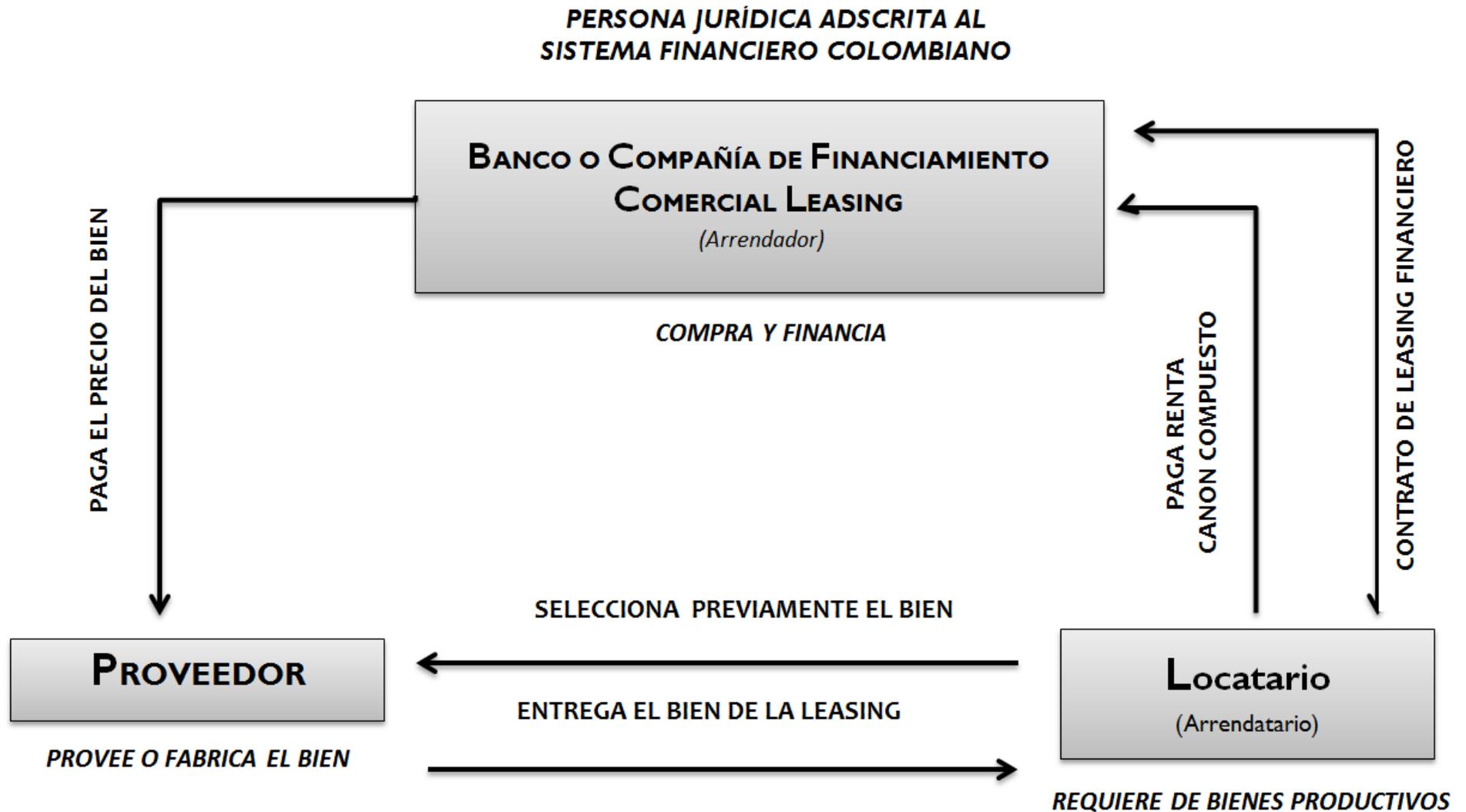
teorías culpabilistas como la de guardián material de la actividad. Por ello, se hace necesaria en Colombia una legislación en la materia, acorde a la realidad riesgosa de dichas actividades y a los principios y valores axiológicos sobre los cuales se debe levantar la responsabilidad civil en el escenario de un Estado Social de Derecho.

En el derecho comparado se aprecia que ordenamientos jurídicos latinoamericanos como los de Perú, Chile, Paraguay y Argentina, consagran en sus legislaciones un sistema de responsabilidad objetivo por el riesgo creado y el riesgo provecho por la actividad de automotores, en el que frente a la reparación del daño opera un principio de solidaridad de todos los agentes productores del mismo, como son, entre otros, el propietario, el conductor y el tenedor, sobre quienes recae la obligación de reparar integralmente a la víctima.

Frente a la responsabilidad de las propietarias de automotores leasing, en el derecho comparado la regla general es que por su calidad de propietarias respondan solidariamente con los demás agentes; ello con fundamento en que el ejercicio del derecho de dominio sobre un automotor implica unos deberes y obligaciones frente a terceros, cuando con aquel ejercicio coadyuvan en la creación del riesgo u obtienen un provecho en desarrollo de la actividad peligrosa.

El ejercicio del derecho de dominio sobre un automotor no puede concebirse sin una intención de provecho o beneficio económico. En Colombia, el ejercicio del derecho de dominio sobre un automotor, por mandato legal y con fundamento en el principio de función social de la propiedad privada, le impone a su titular unos deberes, como son, entre otros, que su ejercicio voluntario no atente contra la ley ni el derecho ajeno; de hacerlo, su titular está llamado a responder.

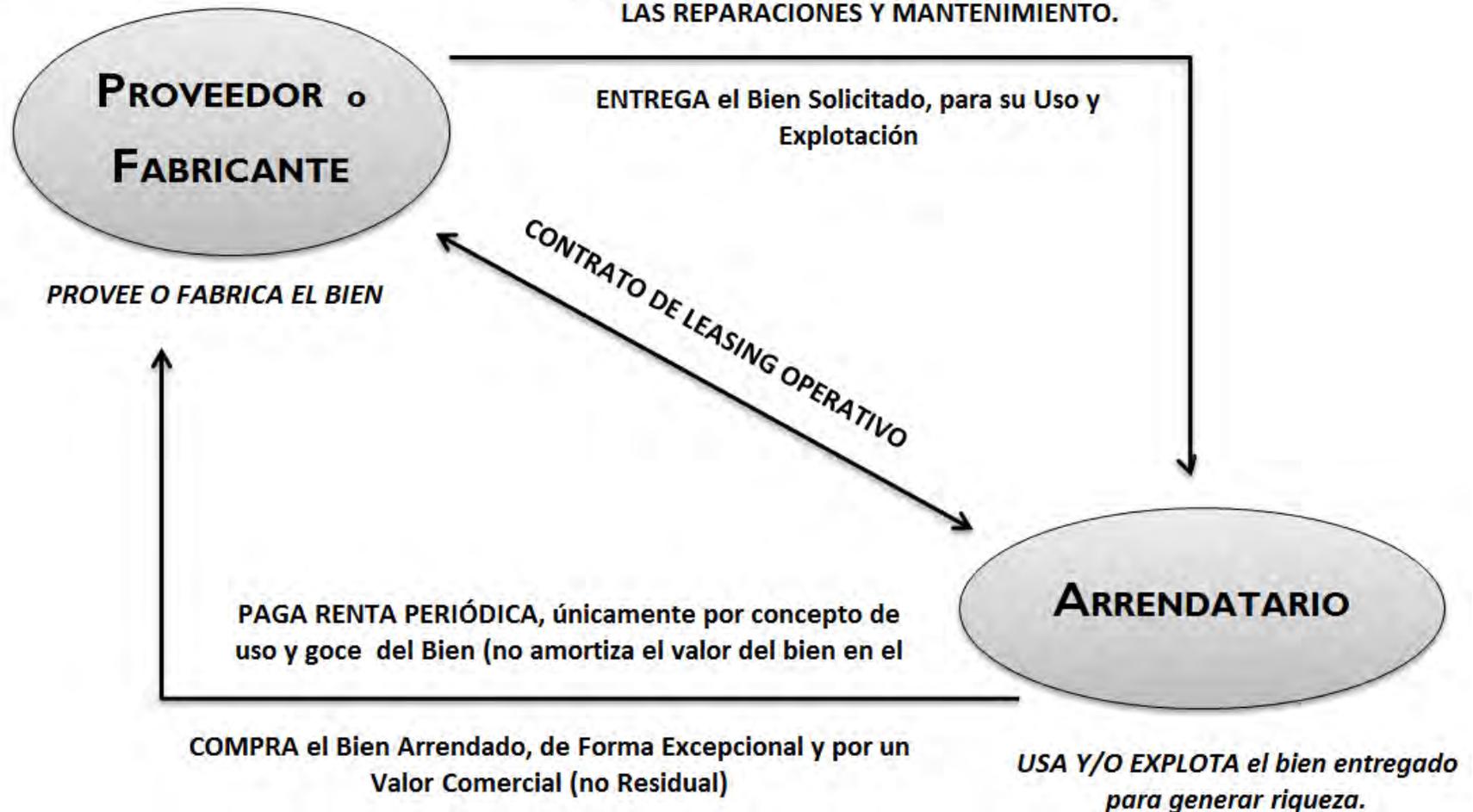
Operación De Leasing Financiero – Grafico No. 1



Elaborado por Luis Felipe Villa Santander

Operación De Leasing Operativo - Grafico No. 2

*Persona Natural o Jurídica,
Adscrita o no, al Sistema Financiero*



Elaborado por Luis Felipe Villa Santander

Grafico No. 3 - Incremento del Parque Automotor en Colombia a Corte de 2009 con Motocicletas

Evolución parque automotor (millones de unidades)



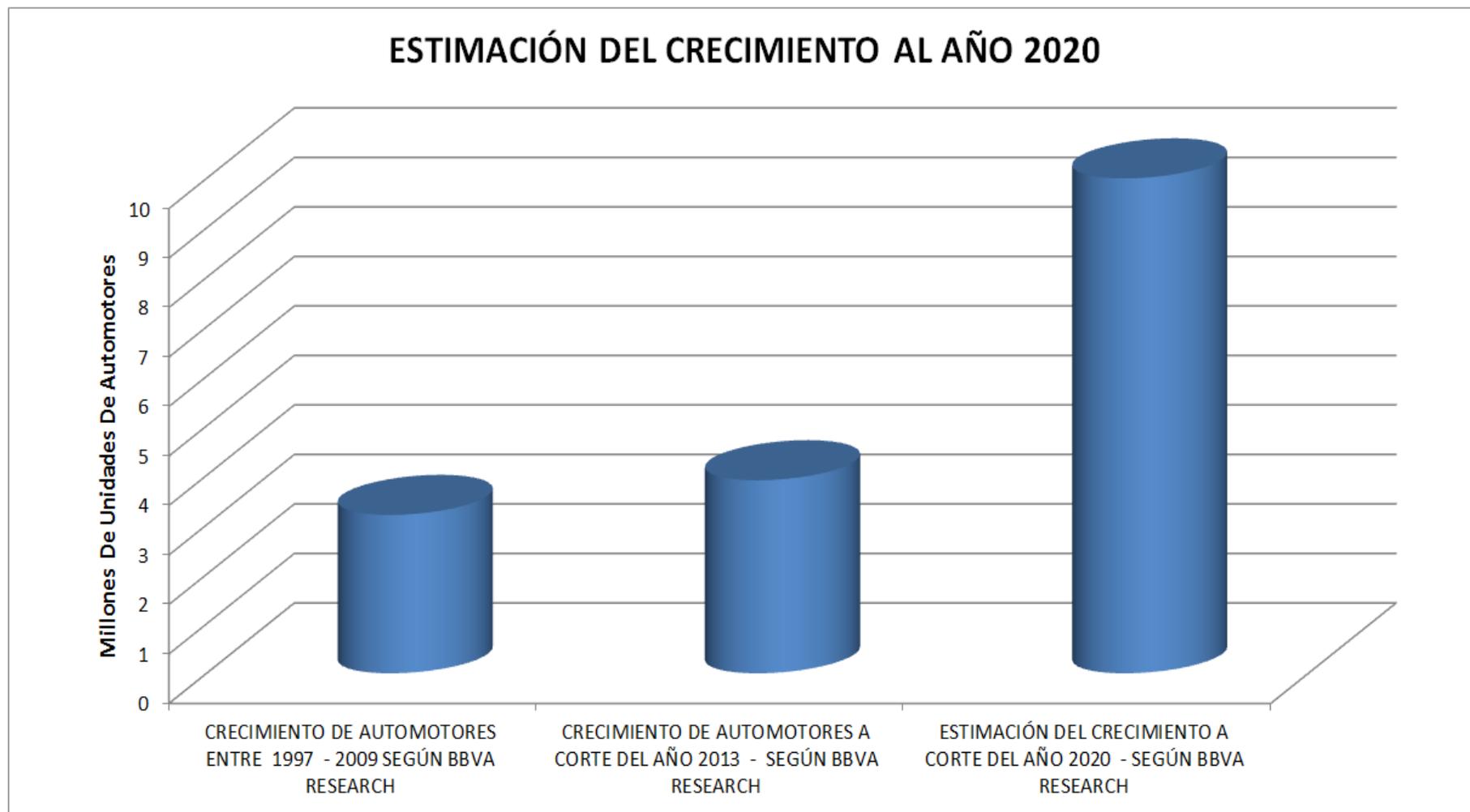
Fuente: Ministerio de Transporte

Fuente para la Tesis:

Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA Research 2010.)

Disponible en: https://www.bbvaesearch.com/KETD/fbin/mult/1301_SitAutomotriz_Colombia_Ene13_tcm346-364303.pdf?ts=1422013.

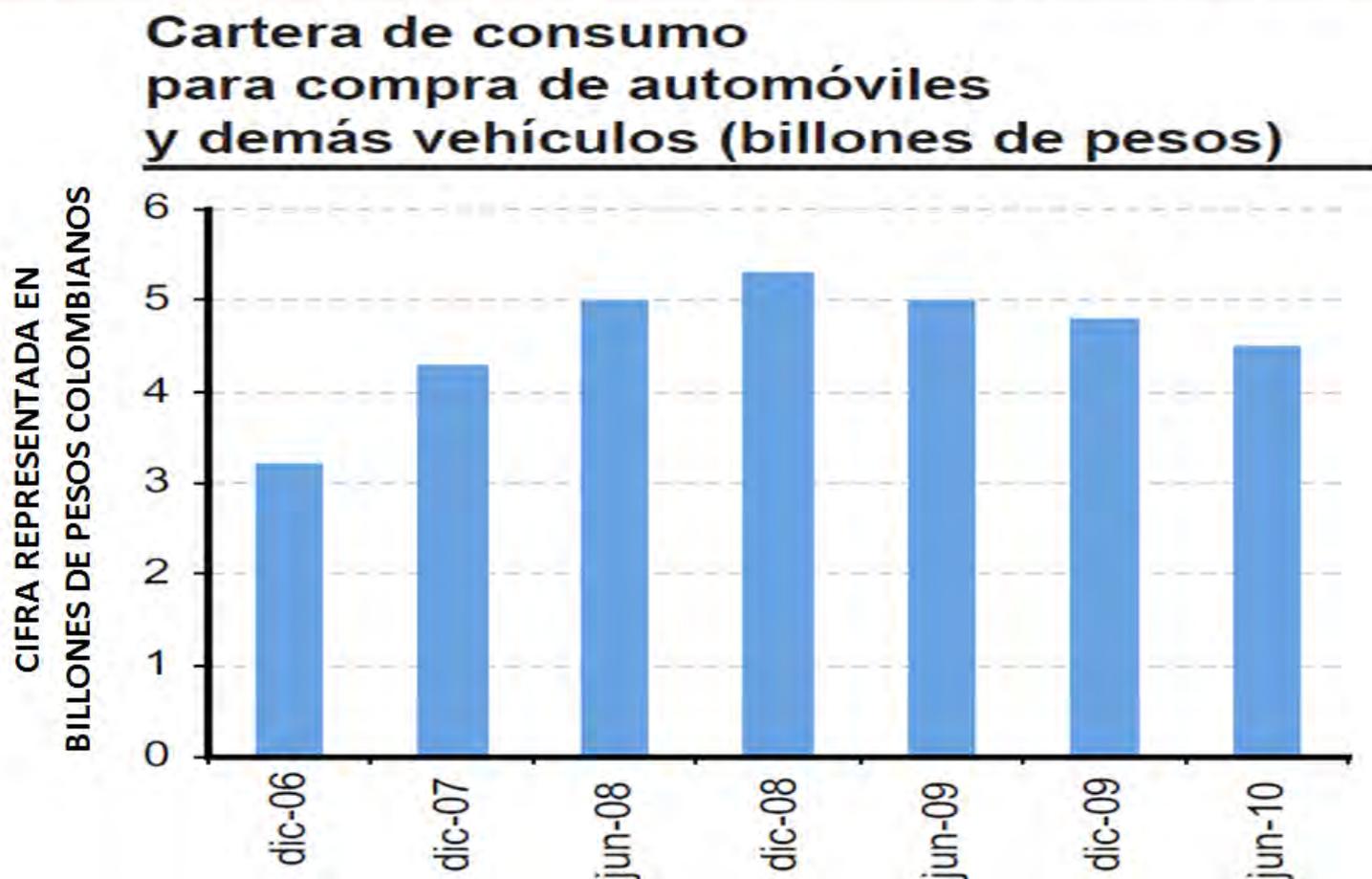
Grafico No. 4 - Incremento del Parque Automotor para el año 2020 sin Incluir Motocicletas.



FUENTE: Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA Research.

Elaborado por Luis Felipe Villa Santander

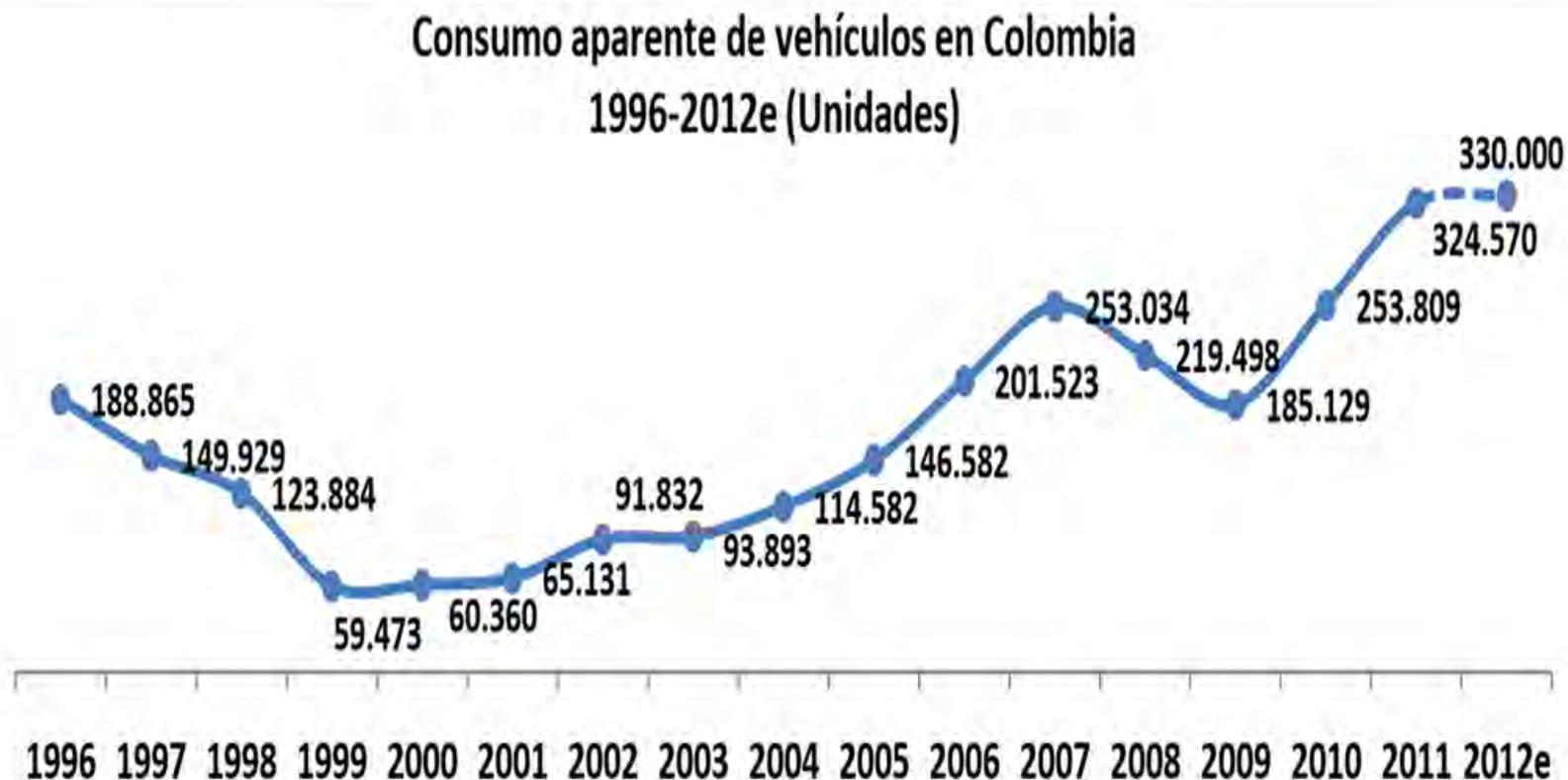
Grafico No. 5 – Cartera de Entidades Financieras por Consumo para Compra de Automotores desde el año 2006 a Corte de 2010. (Incluida la de Leasing Automotor)



Fuente: Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA Research 2010.

Disponible en: https://www.bbvarsearch.com/KETD/fbin/mult/1301_SitAutomotriz_Colombia_Ene13_tcm346-364303.pdf?ts=1422013.

Grafico No. 6 – Incremento de la Demanda, Acelerado Crecimiento de Ventas de Automotores Desde 1996 con Corte al año 2012.



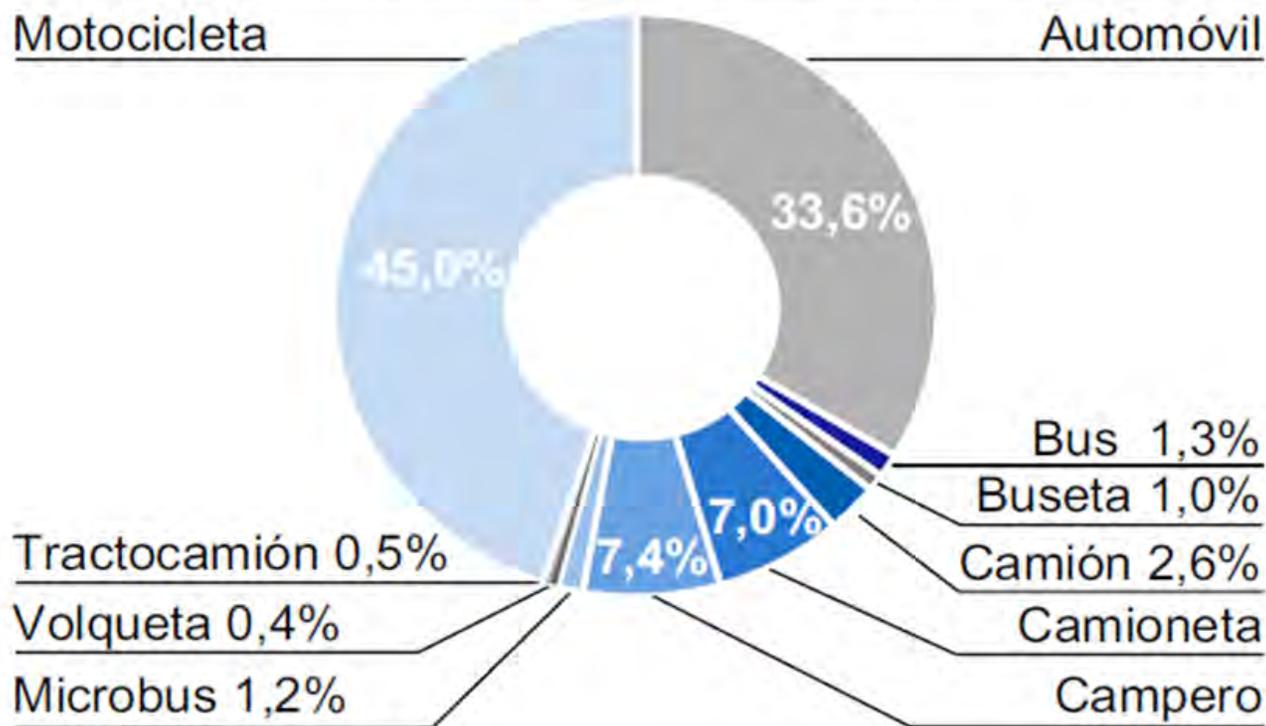
Fuente: Econometría (Comité de la Industria Automotriz Colombiana)

(Fuente para la Tesis: Promoción De Turismo, Inversión Y Exportaciones – PROEXPORT COLOMBIA)

Disponible en: [http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Perfil%20Automotriz_%20Septiembre%202012%20Final%20\(2\).pdf](http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Perfil%20Automotriz_%20Septiembre%202012%20Final%20(2).pdf)

Grafico No. 7 – Composición del Parque Automotor en Colombia con Corte al año 2009.

Composición del parque - 2009 (%)

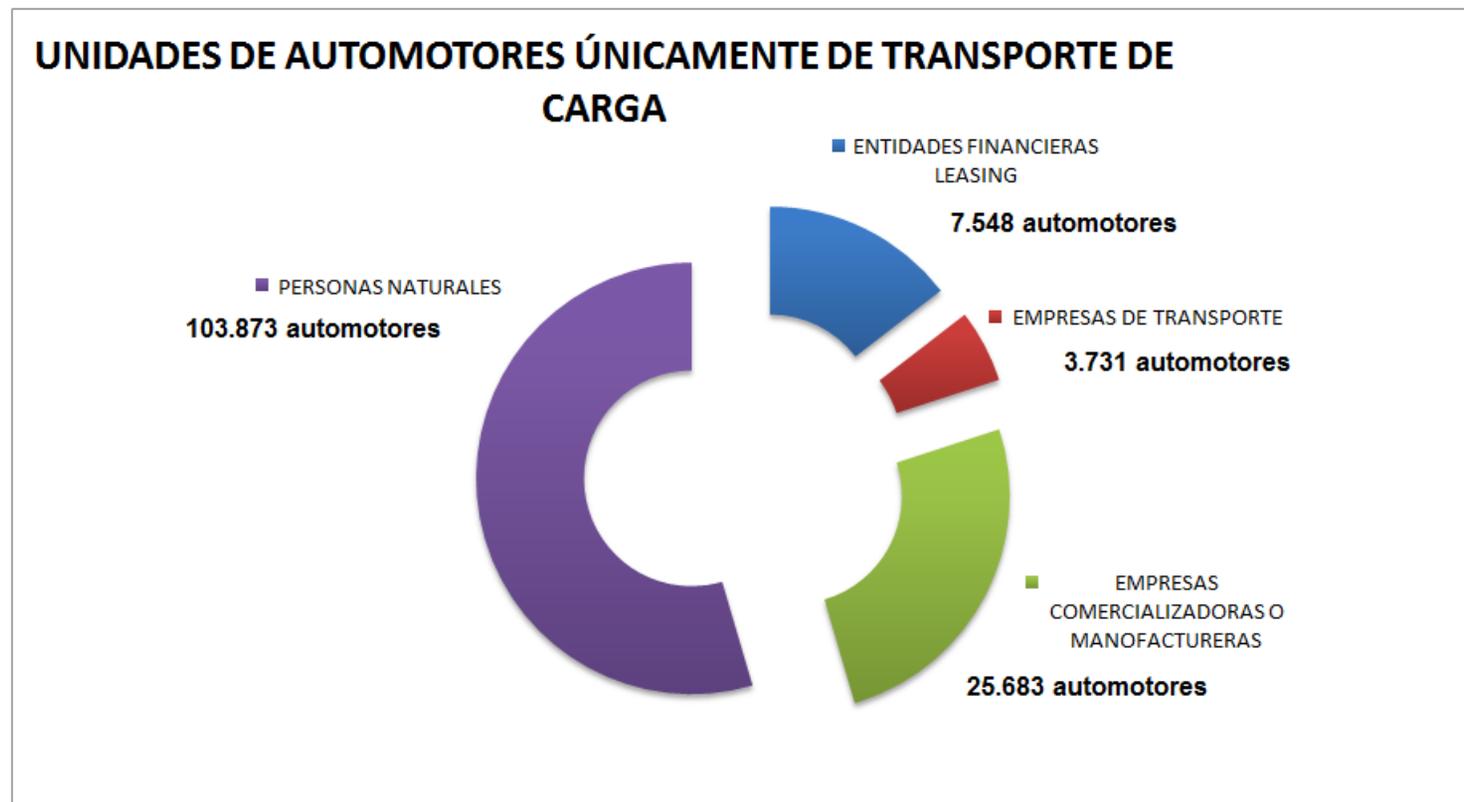


Fuente: Ministerio de Transporte

(Fuente para la Tesis: Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA Research

Disponible en: https://www.bbva.com/KETD/fbin/mult/1301_SitAutomotriz_Colombia_Ene13_tcm346-364303.pdf?ts=1422013.

Grafico No. 8 – Propietarios de “Automotores de Carga” en Colombia, Según Estudio del Ministerio de Transportes en el año 2000



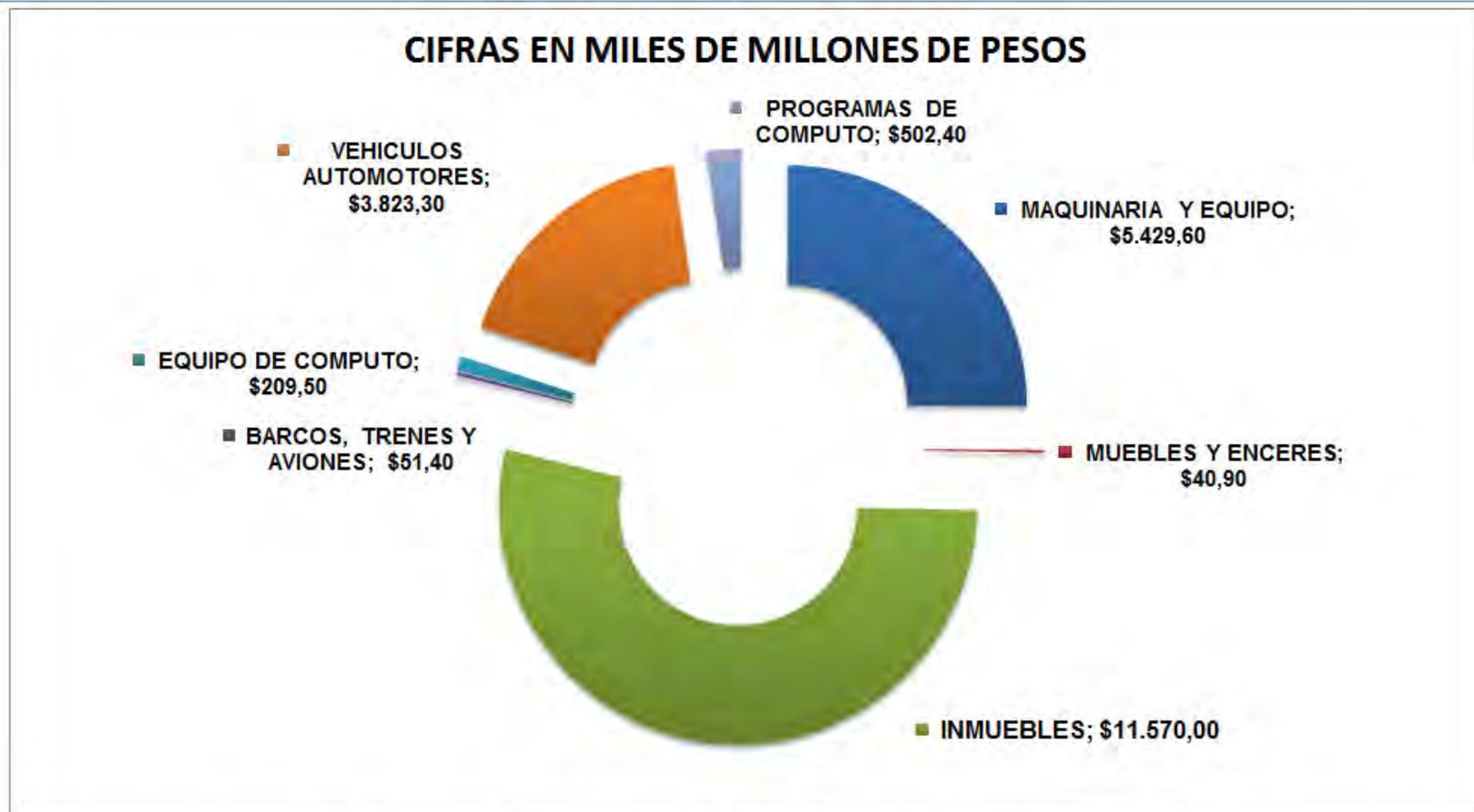
Fuente: Ministerio de Transporte

(Estudio denominado “Parque Automotor de Transporte de Carga en Colombia” realizado por la Subdirección Operativa de Transporte Automotor, grupo de estudios de carga, personal técnico, en el año 2000.

Disponible en: <https://www.mintransporte.gov.co /descargar.php?idFile>)

Elaborado por Luis Felipe Villa Santander

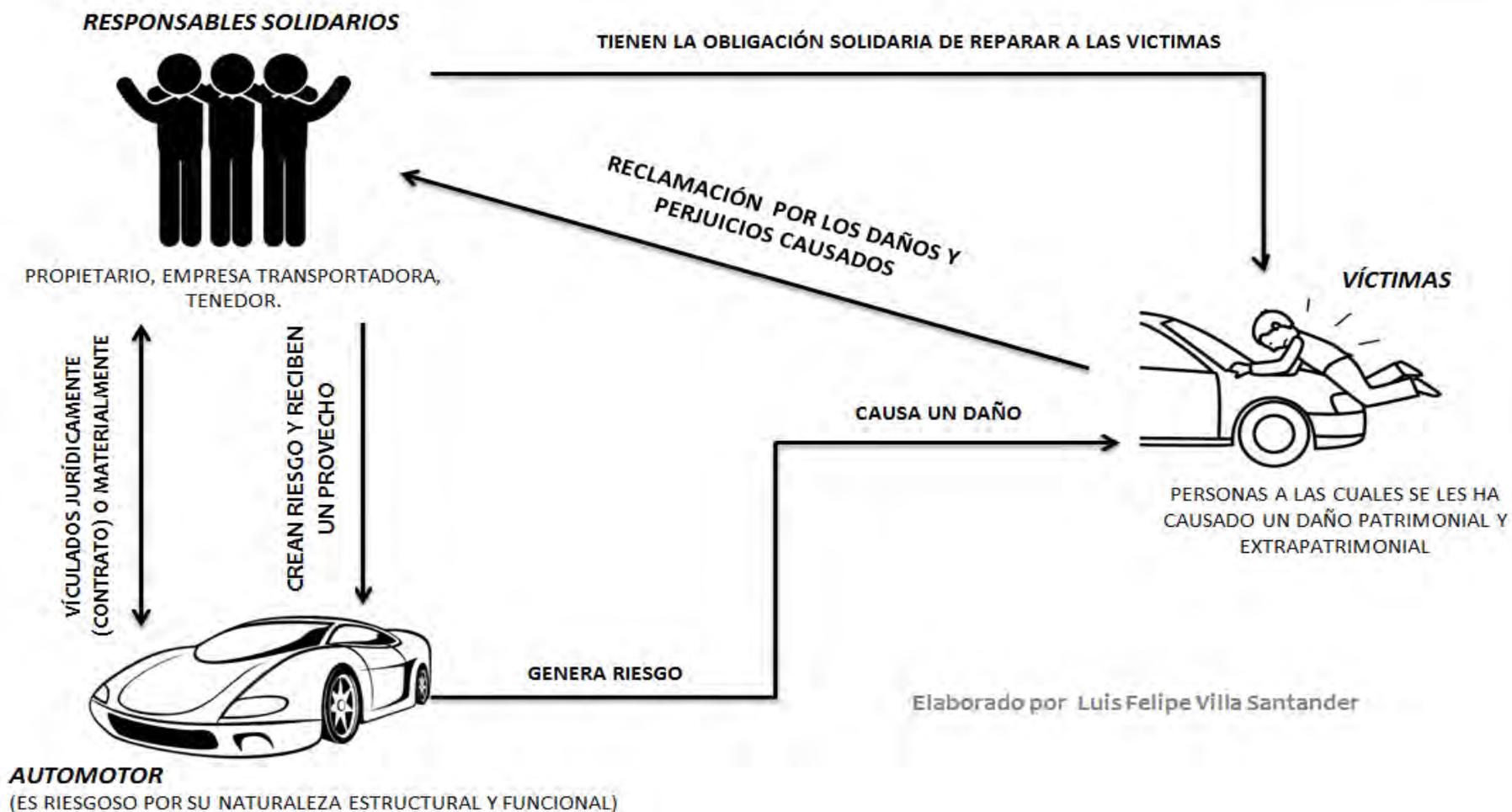
Grafico No. 9 – Demanda de Modalidades de Leasing Financiero en Colombia, a Corte de Diciembre de 2015, según FEDELEASING



Fuente: Federación Colombiana de Compañías de Leasing - FEDELEASING
(Disponible en: http://www.fedeleasing.org.co/documentos/informe_diciembre_2015.pdf)

Elaborado por Luis Felipe Villa Santander

Grafico No. 10 – Flujograma de la Responsabilidad Civil Extracontractual derivada de Automotores por el Riesgo Creado y el Riesgo Provecho.



BIBLIOGRAFIA

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos. y “Contratos Contemporáneos,”* Ambos Editorial Legis, Séptima edición, 2012.

ARDILA ARENAS, JUAN, *Producto Interno Bruto*, economía y finanzas portal web e-gerence, publicado el 12 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.gerencie.com/producto-interno-bruto.html>

BAENA CÁRDENAS, LUÍS GONZALO. *El leasing habitacional: instrumento para financiar la adquisición de vivienda.* Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia editores, 2014.

BANCO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango, artículo web: El Vehículo Automotor. Disponible en: <http://www.banrepultural.org/node/92119>.

BARRIENTOS LOAYZA, PEDRO, *Teoría del Riesgo Creado*, portal web: Doctrina Lex Per Ethicam Ad Iustitiam, publicado el 22 de octubre de 2011. Disponible en: <http://doctrinalex.blogspot.com.co/2011/10/teoria-del-riesgo-creado.html>)

BBVA RESEACH, Departamento de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria informes de la *Situación Automotriz Colombia 2010 y 2012*, análisis económico. Disponible en: https://www.bbvaesearch.com/KETD/fbin/mult/1012_SituacionAutomotrizColombia_tcm346-239552.pdf?ts=372013 y https://www.bbvaesearch.com/KETD/fbin/mult/1301_SitAutomotriz_Colombia_Ene13_tcm346364303.pdf?ts=1422013.

BERNAL MORA, HÉCTOR, *La Propiedad Privada, La Monogamia, El Patriarcado, La esclavitud, y el Carácter de Producción*, Publicado en revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, Universidad de Guadalajara México, 2010. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/25/hectorbernal.pdf>.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, *La Función Social como Delimitación Interna e Inherente del Derecho de Propiedad y la Conservación del Patrimonio Ambiental*, Valdivia, Revista de Derecho, N° Especial, agosto 1998.

BAENA ARAMBURO, FELISA, *La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil - PETL (Parte 2)*, Universidad Eafit, Escuela de Derecho Medellín, Tesis de Grado, 2010.

CARLOS ARTURO, HERNÁNDEZ, y SANTIAGO ORTEGA, GOMERO, *Acto Jurídico*, tendencias contemporáneas del derecho, Universidad Libre de Colombia, Bogotá D. C., 2013.

CHAVEZ HECHEVERRY, ROBERTO. *El Contrato de Leasing Financiero y otros Temas en su Perspectiva Notarial y Registral*, Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2015.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Ley 57 de 1887, Ley 446 de 7 de julio de 1998.*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Decreto Legislativo No. 299 de 1984, Decreto Supremo No. 559 de 1984 –EFC, Título II Del Arrendamiento Financiero, Decreto Legislativo N° 295, Promulgado el 24 de Julio de 1984, por el cual se expide el Código Civil.

CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA, Ley No. 1.295 de 1998 “De Locación, Arrendamiento o Leasing Financiero y Mercantil.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Ley de Tránsito De Chile, N° 18.290, de 7 de Febrero de 1984, reformas; Ley 19.495 de 8 de Marzo de 1997, Ley 19.841 de 19 de Diciembre de 2002, Ley 20.068 de 10 de Diciembre de 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA, Código Civil y de Comercio – CC y C., de 2015.

DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Editorial S.L. Civitas Ediciones, 1999.

DURAN BOHORQUEZ, EDWIN GIOVANNI. *El contrato de Leasing Financiero en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana. Trabajo de Grado. 2004.

ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO COLOMBIANO - EOSF, Decreto 663 de 1993.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA - EJRLB, Módulo de Aprendizaje Auto dirigido, Plan de Formación de la Rama Judicial, *Reflexiones sobre Algunos Contratos Comerciales. Fiducia Mercantil, Leasing, y Agencia Comercial*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

ESCOBAR GIL, RODRIGO ALONZO. *El contrato de Leasing Financiero*. Bogotá, Colombia. Pontifica Universidad Javeriana, Tesis de Grado 1987.

FEDERACIÓN COLOMBIANA DE COMPAÑÍAS DE LEASING - FEDELEASING, *El Leasing en Colombia, Antecedentes del Leasing en Colombia*, 2013. Y los informes trimestrales. Disponible en: <http://www.fedeleasing.org.co>

FLORES DOÑA, MARÍA DE LA SIERRA, *El Leasing Financiero Internacional en el Tratado UNIDROIT*, Responsabilidad de la Sociedad de Leasing frente a tercero. 1998.

GÓMEZ CASTAÑEDA, OMAR RICARDO: *Contribuciones a la Economía, revista académica con el Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas ISSN 16968360*). Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/2005/orgc-leasing.htm>

HENAO, JUAN CARLOS, *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Edición 1998, pág. 37.

HINESTROSA, FERNANDO. *Derecho de obligaciones*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá. D.C., 1967.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW – UNIDROIT, *La Convención de Ottawa de 1988 sobre el arrendamiento financiero internacional, y los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales del año 2010*.

JURISPRUDENCIA CITADA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia.

JURISPRUDENCIA CITADA, CORTE CONSTITUCIONAL, República de Colombia

JURISPRUDENCIA CITADA, CONSEJO DE ESTADO, República de Colombia

JURISPRUDENCIA CITADA, CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, República de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA, CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, República de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA, CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, República de Chile

JURISPRUDENCIA CITADA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Salas Civiles, Transitoria y Permanente.

LEIVA, CLAUDIO FABRICIO, *La denominada tutela sustancial inhibitoria contra daños*, 2016. Disponible en: <http://www.protectora.org.ar/educacion-al-consumidor/la-denominada-tutela-sustancial-inhibitoria-contradanos/20816>

LOS ESTATUTOS DE LA FLORIDA DE EE.UU, título XXIII Vehículos De Motor, capítulo 324 “Responsabilidad Financiera”. Disponible en: http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?mode=View%20Statutes&SubMenu=&App_mode=Display_Statute&Search_String=liability+of+the+leasing+company&URL=0300-0399/0324/Sections/0324.021.html.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, BETTY MERCEDES, *La faute y La culpa, estudios de derecho privado en homenaje al profesor Cristian Larroumet*, por Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson, colección de textos de jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá 2008.

M. CASTELLI, LEANDRO, *Código Civil y Comercial Argentino: teoría del riesgo provecho*, publicado en Marval O´Farrel Mairal, el 31 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=11873>.

MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Proyecciones del derecho de daños y de consumo sobre el contrato de leasing en la República Argentina*, SelectedWorks. Disponible en: http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/36/.

MINISTERIO DE TRANSPORTE, Republica de Colombia, estudio denominado: *Parque Automotor de Transporte de Carga en Colombia*, Subdirección Operativa de Transporte Automotor, grupo de estudios de carga, personal técnico, en el año 2000. Disponible en: <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile>.

ORTUZAR SOLAR, ANTONIO, *El Contrato de Leasing*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Régimen General de la Obligaciones*, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

ORÉ CHÁVEZ, IVÁN, *El Caza oligarcas: Desenmascarando a la oligarquía peruana*, Investigaciones Sobre Derecho Y Ciencia Política. Disponible en: <http://ivanorech.blogspot.com.co/2006/09/leasing-y-responsabilidad-frente.html>.

PEREZ SALAS, DIEGO OMAR, *La Responsabilidad Civil por el Riesgo entre Particulares*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá D.C., Colombia, 2007.

PEREZ RESTREPO, JULIANA, *La Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa por la Actividad Médica - Decaimiento de su Aplicabilidad*, Trabajo de grado, Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2011.

PEÑA NOSSA, LISANDRO. *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*, Universidad del Sinú, Séptima Edición, Editorial ECOE ediciones, año 2006.

PROMOCIÓN DE TURISMO INVERSIÓN Y EXPORTACIONES – PROEXPORT COLOMBIA, *Industria Automotriz en Colombia*, informe del estudio realizado en el mes de Septiembre de 2012. Disponible en: [http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Perfil%20Automotriz_%20Septiembre%202012%20Final%20\(2\).pdf](http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Perfil%20Automotriz_%20Septiembre%202012%20Final%20(2).pdf).

PRADO D, MAXIMILIANO, *Limitación de los Derechos Humanos, Algunas Consideraciones Teóricas*. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 1, 2007.

RAMONDA, MARGARITA, *Leasing, y exclusión de la responsabilidad objetiva del dador en la jurisprudencia, su crítica*, Universidad Nacional del Rosario, República de Argentina.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Lengua Española*, Madrid, 2015.

REPÚBLICO DE COLOMBIA, Decreto 410 de marzo 27 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio.

ROLING, SERGE, *El Leasing*, Editorial: Pyramided. Madrid en 1974. Traducción por Tomas Pérez Ruiz, “*El Leasing Arrendamiento Financiero*” 5° Edición, 1982, Rustica.

RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO, *Contratos Bancarios, su significación en américa latina*, Sexta edición, Ed. Legis Editores S.A., 2009.

SANTACRUZ, JOSÉ LUIS. *Contrato de Leasing*, artículo jurídico, publicado el 8 de agosto de 2011. Disponible en: <http://es.slideshare.net/josesr1987/contrato-de-leasing-13915198>.

URIBE GARCIA, SAÚL, *Responsabilidad por Riesgo*, Revista Ratio Iuris N° 1 – Universidad Autónoma Latinoamericana De Medellín – UNAULA, Facultad De Derecho, 2005.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Conceptos Financieros Nros. 2012073410-007 del 9 de noviembre de 2012, 2007028013-001 del 22 de junio de 2007, 2009053650-001, del 13 de Julio de 2009, 2011052709-002 del 28 de septiembre de 2011, 2010027830-002 del 1 de junio de 2010, Concepto 2007012751001 del 30 de abril de 2007.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución Nro. 17928 del 26 de julio de 2003.

SÓTES GARCIA, ISABEL, *A Propósito de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos A Motor*, artículo jurídico disponible en: <http://docplayer.es/544927-A-proposito-de-la-ley-sobrerresponsabilidad-civil-y-seguro-en-la-circulacion-de-vehiculos-a-motor.html>

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I y II, Bogotá, Legis, 2010,

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *La Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia*, Ensayo Jurídico. Disponible en: http://www.academia.edu/6062139/LA_CONSTITUCIONALIZACION_DEL_DERECHO_PRIVADO_EN_COLOMBIA.

VALENCIA ZEA, ARTURO, *La posesión*, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá D.C., 1984.

VIDAL BLANCO, Carlos. “*Estudio Económico, Sociedades de Leasing*”. Editorial Ministerio de Hacienda. Madrid pàg. 217.

VELÁZQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO, *Bienes*, undécima edición, Editorial Librería Jurídica COMLIBROS, 2008.

VELAZQUES POSADA, OBDULIO. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Universidad de la Sabana, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009.

ZAVALA ORTIZ, JOSÉ LUIS, Director Ejecutivo|JURIDICA, Fallos & Tendencias, *Líneas y Tendencias Jurisprudenciales, Accidente de Tránsito. Responsabilidad Dueño Vehículo*. Disponible en: <http://www.i-juridica.com/2013/04/27/accidente-de-tr%C3%A1nsito-responsabilidad-due%C3%B1o-veh%C3%ADculo/>.