

## Efectos jurídicos del contrato de leasing habitacional en la liquidación de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial

*Legal effects of the residential leasing contract in the liquidation of the marital partnership and patrimonial partnership*

**Catalina Sarmiento Trigos,**

Magíster en Derecho

Email: [csarmiento453@unab.edu.co](mailto:csarmiento453@unab.edu.co)

Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-0536-9818>

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB, Colombia,

**Cómo citar:** Sarmiento Trigos, C. (2024). Efectos jurídicos del contrato de leasing habitacional en la liquidación de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial. *Postulados: Revista Sociojurídica*, 1(2), 58–72.

Fecha de recibido: 04 de marzo de 2024

Fecha aprobación: 24 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 02 de julio de 2024

### RESUMEN:

La sociedad conyugal y la sociedad patrimonial son instituciones relativas a la administración de bienes, que nacen, respectivamente, o del acuerdo de voluntades bajo la figura del matrimonio o de la decisión responsable de los compañeros permanentes que se unen, y que se encuentra regulada en el Código Civil colombiano y en la Ley 54 de 1990, salvo algunas excepciones. No obstante, la identificación del patrimonio que compone los activos y pasivos del haber social, especialmente cuando los bienes se mantienen en cabeza de un tercero, como ocurre tras la celebración de un leasing habitacional, sugiere que se analicen con detalle las obligaciones de cada una de las partes. En la práctica, jueces y notarios han aplicado diversas estrategias para lograr una partición equitativa y, de esta forma, evitar el detrimento o incremento sin justa causa de los gananciales. A través del presente artículo se pretende revisar el tema desde el punto de vista dogmático y desde el ejercicio jurisdiccional.

### Palabras clave:

Activos, Bienes sociales, Leasing, Liquidación, Sociedad conyugal, Sociedad patrimonial.

### ABSTRACT:

The conjugal partnership and the patrimonial partnership are institutions related to the administration of assets, which are born or the agreement of wills under the figure of marriage or the responsible decision of the permanent partners who join, respectively, and is regulated in the Colombian Civil Code and the Act 54/90, with some exceptions. However, the identification of the patrimony that makes up the assets and liabilities of the corporate asset, especially when the assets are held by a third party, as occurs after the conclusion of a housing

lease, suggests that the obligations of each one be analyzed in detail. of the parts. In practice, judges and notaries have applied various strategies to achieve an equitable partition and, in this way, avoid the detriment or increase without just cause of the gains. Through this article it is intended to review the subject from the dogmatic point of view and from the jurisdictional exercise.

### Keywords:

Assets, social assets, leasing, liquidation, marital partnership, patrimonial partnership.

#### Autor para correspondencia

Correo electrónico: [csarmiento453@unab.edu.co](mailto:csarmiento453@unab.edu.co) (Catalina Sarmiento Trigos)

La revisión por pares es responsabilidad de la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña

Artículo bajo la licencia CC BY-NC (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>)



## Introducción

La sociedad conyugal es una figura que surge tras la celebración del matrimonio. El régimen establecido para la sociedad conyugal conlleva la existencia de lo que se denomina: sociedad de gananciales, una institución reconocida desde el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (1873), después adoptado por la República de Colombia (1887), en el que se definía como el conjunto de derechos que la ley le concedía al marido sobre la persona y los bienes de la mujer. Esta noción primigenia fue modificada por la Ley 28 de 1932, que les dio facultades a las mujeres para adquirir bienes en vigencia de la sociedad conyugal y para administrarlos personalmente.

Posteriormente, a través del Decreto 2820 de 1974, por medio del cual se buscaba otorgar iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los hombres, se dio un paso más, permitiendo que las mujeres pudieran administrar, en equidad de condiciones, todos los bienes que hacían parte de la sociedad conyugal.

Con relación a las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial que surge entre los compañeros permanentes, estas cuestiones fueron reglamentadas por la Ley 54 de 1990, a través de la cual se institucionalizó la unión marital de hecho y se fijaron los requisitos para la conformación del vínculo económico familiar, cuya aparición, a diferencia de la sociedad conyugal, no es inmediata y automática.

En este escenario, de administración conjunta y en el que es posible la confusión entre bienes propios y bienes sociales, se ha hecho necesario establecer una serie de términos y condiciones para.

Evitar controversias. Cuando acontece la disolución de una sociedad conyugal o de una sociedad patrimonial, se debe realizar un inventario de identificación de cada uno de esos bienes adquiridos y aportados por cada una de las partes a la sociedad, y de las deudas contraída durante éstas, siendo necesario conocer quién, a qué título, de qué forma y cuando los aportó o los contrajo. Y solo luego de esta relación, es posible llevar a cabo la correspondiente liquidación de la sociedad, de conformidad con lo establecido en la Ley primera de 1976 y el artículo 180 del Código Civil, buscando mantener el equilibrio patrimonial entre los cónyuges o compañeros permanentes, según sea el caso.

Ahora bien, el Derecho ha evolucionado y las fuentes de las obligaciones también han mutado con el tiempo, introduciendo en el mercado formas y negocios con dinámicas cada vez más novedosas o menos tradicionales, tales como el leasing habitacional, un negocio que ha permitido la adquisición de vivienda a un sinnúmero de familias, optando por el pago de un canon de arrendamiento y pudiendo ejercer la opción de adquisición del inmueble afecto al contrato. Esta clase de leasing, de acuerdo con Asobancaria, tuvo un incremento de 3.02% durante la vigencia 2021, lo que se tradujo en un aumento nominal de cartera de más de 30,23 billones de pesos respecto de la vigencia anterior (Asobancaria). Sin embargo, la figura anterior conlleva que el derecho real de propiedad sobre el inmueble objeto del negocio jurídico se mantenga bajo el dominio de la entidad financiera, al menos, hasta que se ejerza la oportunidad de adquisición. Esta situación es atípica frente a la regulación decimonónica de la sociedad conyugal y, en virtud de la

remisión normativa existente, también de la sociedad patrimonial;

sustentada en un modelo normativo que no prevé condiciones similares a las derivadas de los contratos pensados para el mundo contemporáneo. Así las cosas, la presente investigación indaga y analiza algunas estrategias para incluir las obligaciones del leasing habitacional en la liquidación de las sociedades conyugales y patrimoniales.

Se trata de un artículo de reflexión, que pretende sentar un juicio y formular una respuesta con base en la ley, la jurisprudencia, la doctrina y el comportamiento del negocio de leasing en el mercado. Pues todavía no existe una posición definitiva o una línea clara sobre cómo deberían aparecer este tipo de contratos.

Buena parte de la literatura consultada coincide en que las obligaciones que se derivan de contratos equivalentes al leasing habitacional deberían tenerse en cuenta al momento de la liquidación, ya que los cónyuges o compañeros permanentes conservan y han tenido plena disposición y administración de todos los bienes, acciones y demás activos y pasivos de la sociedad (Valencia, 1970; Parra, 2008; Jaramillo 2013). Sin embargo, como se anticipó, no es esta la única previsión doctrinal. Holguín (2006), por ejemplo, estima que los cónyuges (y también hoy los compañeros permanentes) no tienen “libertad” para establecer los pasivos sociales, de modo que debería “exigirse el consentimiento de ambos cónyuges” (p. 121).

Asimismo, este artículo pretende aportar algunas ideas a la comunidad académica y diseñar un plan que permita, de una forma sencilla y sustentado en la equidad, determinar los derechos que tiene cada uno de los cónyuges y compañeros permanentes al momento de la liquidación de la respectiva sociedad de índole familiar, de cara a la existencia de un contrato de leasing habitacional y de otros negocios similares. Sin dudas, este tema resulta de interés para los abogados litigantes, administradores de justicia, notarios y registradores públicos, cuya preparación académica y ejercicio profesional les exigen contar con los saberes actualizados, al punto de poder resolver las contingencias que traen los cambios y evolución de las instituciones clásicas. Igualmente, al ser el leasing habitacional una figura que ha venido ganando espacio en el mercado y en el sector de la vivienda, el presente artículo puede ser de interés para los bancos y otras entidades del sector crediticio, que tienen dentro de su portafolio el servicio de leasing; así como para quienes diseñan las políticas públicas de vivienda y para los ciudadanos, en general. El objetivo central de la investigación yace en profundizar y ligar las instituciones enunciadas. En cumplimiento de lo anterior, se identificarán las reglas sobre los bienes que componen el haber social absoluto y relativo en ambas sociedades, se describirá la finalidad del régimen económico familiar y, una vez determinando el alcance del negocio de leasing habitacional, se disertará sobre asuntos de forma y fondo, con miras a la liquidación de las obligaciones derivadas de la sociedad conyugal y patrimonial.

## Metodología

Esta es una investigación de tipo cualitativo, documental y descriptivo, cuyo objeto consiste en analizar las posibilidades de integración al sistema jurídico colombiano de dos instituciones permeadas por el devenir social y económico del país, proponiendo una fórmula que mantenga su naturaleza y la unidad del ordenamiento, a través del análisis

crítico de fuentes y de la hermenéutica jurídica (Deobold, Van Dalen y Meyers, 2006).

Durante la investigación, se realizó una revisión de parámetros constitucionales, legales y reglamentarios, especialmente, el Código Civil Colombiano, la Ley 28 de 1993, la Ley 1ra de 1976, la Ley 25 de 1992, el Decreto 782 de 1995, la Ley 795 de 2003 y la Ley 1537 de 2012, entre otras.

Igualmente, se observaron fuentes jurisprudenciales emanadas de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y de las Salas de Decisión Civil o Civil-Familia de algunos Tribunales Superiores del Distrito Judicial, que permitieron identificar las formas cómo se han resuelto este tipo de casos u otros similares por la administración de justicia.

Sobre este recurso se revisaron los antecedentes de las normas existentes, referidas a las sociedades conyugal y patrimonial, y el marco normativo disperso sobre el leasing, en general, y sobre el leasing habitacional, en particular. El principal método de interpretación usado sentó sus bases sobre técnicas exegéticas y sistemáticas. Las primeras, para entender la vigencia y alcance de las reglas y de sus modificaciones, y las segundas, para vincular las categorías conceptuales en discusión, sin generar contradicciones o conflictos. Asimismo, fueron aplicadas técnicas sociológicas, potenciando el análisis en función del contexto histórico que ha originado cambios en la familia y en el mundo de los negocios.

Finalmente, se verificó la doctrina nacional e internacional para conocer algunas variables propuestas frente al manejo de los contratos de leasing y ciertos fenómenos especiales de cara a la liquidación de sociedades familiares equivalentes.

## Reflexión

### *Régimen patrimonial de las familias*

Para iniciar el estudio de las sociedades en el ámbito familiar, esto es, del régimen económico de las familias, es preciso evocar que su nacimiento es consecuencia directa del matrimonio o de la construcción de un patrimonio común en una unión marital de hecho, lo que conlleva la creación de una figura que carece de personería jurídica, pero que de manera general agrupa los bienes corporales e incorporeales que adquieran o aporten los cónyuges o compañeros permanentes, según sea el caso, durante su vigencia.

La sociedad conyugal y la sociedad patrimonial son instituciones sui generis, pues a diferencia de otras sociedades, la liquidación no se da en razón a los aportes determinados que cada uno de los socios efectivamente realizó, sino que corresponde a una valoración material e inmaterial, definida legalmente como el 50% del haber construido: los gananciales.

El Código Civil distingue dos tipos o especies de bienes dentro de la sociedad conyugal y, en virtud de la remisión normativa de la Ley 54 de 1990, también dentro de la sociedad patrimonial: los bienes propios y los bienes sociales. De conformidad con la Sentencia C-014 de 1998: “los bienes propios están compuesto tanto por las propiedades que son adquiridas por los convivientes a título de donación, herencia o legado, como por las

pertenencias que poseía cada uno de ellos en el momento de conformar la sociedad”, salvo algunas excepciones. Mientras que los bienes sociales son aquellos que se adquieren a título oneroso, estando en vigencia la sociedad conyugal o patrimonial, y por tal motivo ingresan al haber común.

De esta manera, es posible distinguir también el haber social absoluto, que regula el artículo 1781 del Código Civil, conformado por los bienes que ingresan de plano a la sociedad conyugal o patrimonial; y el haber social relativo, compuesto por los bienes con cargos de restitución para quien los aporta. Así las cosas, la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial fungen como un “depósito de bienes”, en el que cada cónyuge o compañero tiene derechos frente al haber y lo administra por sus propios medios, y que, al momento de ser liquidadas, será repartida por partes o porcentajes iguales.

La administración paritaria de bienes no ha sido una regla desde antaño. Se consolidó a mediados de los setenta, tras la expedición del Decreto 2820 de 1974. Previamente, los bienes aportados al haber social eran administrados en su totalidad por el hombre de familia, sin que se reconociera realmente el derecho de propiedad y la capacidad de ejercicio y administración a las mujeres (Jaramillo, 2013).

Tal como lo refiere la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, mediante Sentencia de 3 de octubre de 1973 frente a la venta de bienes:

No se la demanda en la persona de uno de los cónyuges, o de ambos, ni ella demanda representada por estos, carece de patrimonio propio ante terceros, ante quienes, son los cónyuges los titulares.

De los bienes, sean estos comunes o propios; ni se obliga a favor de terceros, ni a su favor se obligan estos. Son los cónyuges los deudores o acreedores, trátense de deudas sociales o personales.

Para referirnos al haber social, es prudente mencionar que, antes de 1932 no existía la figura del haber social. Fue con la expedición de la Ley 28 de 1932 que se le confirió a las mujeres la capacidad de adquirir y poseer bienes para eventualmente aportarlos al matrimonio, y solo con posterioridad, en 1974, que se les concedieron facultades para administrar también los bienes de dicho haber, cerrando el ciclo de autoridad exclusiva del marido u hombre de familia sobre el patrimonio aportado de manera conjunta.

Y es a partir de 1932 que surgió la necesidad de determinar el momento y los encargos familiares que se generan cuando un bien, de cualquier naturaleza, entra a formar parte de la sociedad conyugal (para entonces, exclusivamente), pues ambas partes podrían reclamar derechos y el pago de obligaciones relacionados con tales bienes o con su gestión.

Actualmente, el Código Civil establece en el artículo 1781, cuáles son los bienes y rentas que integran el haber social, señalando de forma general los salarios y emolumentos de empleos o relaciones laborales, los frutos o las ganancias que se obtengan, los réditos o beneficios que se adquieren por la posesión de los bienes, las pensiones, los intereses y el lucro de los bienes propios o de la sociedad, el dinero aportado al matrimonio, las cosas

fungibles y otros bienes muebles, y cualquier otro bien adquirido onerosamente durante el matrimonio. No obstante, los cinco numerales aquí descritos resultan insuficientes para identificar si las nuevas formas negociales podrían vincularse o no al haber social.

Ahora bien, es importante mencionar que toda regla tiene su excepción, y aun cuando ciertos bienes hayan sido adquiridos a título oneroso por alguno de los cónyuges o compañeros permanentes en vigencia de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial, es posible que se hallen excluidos de la respectiva sociedad, como sucede con los inmuebles subrogados, o con los bienes adquiridos con recursos capitulados, o con los bienes de uso personal, entre otros casos contemplados en el artículo 1792 del Código Civil.

En consecuencia, dado que no es una tarea sencilla definir la inclusión o no de los bienes dentro del haber social, en virtud de la antigüedad de la norma y de las relaciones sociales contemporáneas, surge la necesidad de fijar unos criterios para conocer si determinado derecho u obligación, debería o no vincularse con la sociedad conyugal o patrimonial y, en caso de que se disuelva la relación, cuál sería la vía y fórmula correcta para una liquidación equitativa.

Sobre este particular, Serrano Quintero (2017) señala una serie de principios para establecer si un bien debiese ingresar o no a la sociedad conyugal o a la sociedad patrimonial. A saber: el carácter oneroso del bien, el criterio de causalidad y el principio del enriquecimiento sin justa causa.

El carácter oneroso del bien impide que ingresen los bienes que se recibieron bajo donación u otra forma gratuita de transferencia de dominio o derecho real. El criterio de causalidad, entre tanto, hace que se deba conocer la razón y forma como se adquirió el bien. Y, por último, el enriquecimiento sin justa causa predica la búsqueda del equilibrio en las relaciones que se den entre dos personas, impidiendo en el caso concreto que una de las partes sea empobrecida con ocasión de la ventaja que el otro cónyuge o compañero podría obtener.

Bajo la comprensión de estas tres premisas es que apareció en la doctrina y en los códigos civiles el concepto de recompensas, intentando garantizar la igualdad en derechos y oportunidades de los cónyuges y hoy también de los compañeros, a través de la inclusión de “deudas” u obligaciones a cargo de uno de los integrantes frente a sus propios bienes o frente a los bienes de su pareja. Se trata de una situación interna que se distancia de la definición tradicional del pasivo social, y que simplemente cobra relevancia al momento en que se requiera la liquidación de la respectiva sociedad familiar.

En este sentido, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-278 de 2014, profundiza en la existencia del haber relativo y absoluto mencionado atrás. El primero, conformado por los bienes descritos en los numerales 3ro, 4to y 6to del artículo 1781 del Código Civil; y, el segundo, referido a los numerales 1ro, 2do y 5to de la misma norma; y frente a la existencia de los primeros, prevé la respectiva recompensa, esto es, la oportunidad para restituir el valor nominal actualizado o indexado de los bienes aportados.

La Corte Constitucional asume entonces y defiende la postura frente a la cual, la

actualización del precio del bien aportado, dada la constante devaluación del valor, no constituye un incremento en el patrimonio del cónyuge aportante, configurando así una fórmula que Considera equitativa para llevar a cabo cualquier liquidación, sin que se corra el riesgo de un detrimento patrimonial o de decisiones desproporcionadas.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 18 de septiembre de 2019 (STC-127012019), defendió igualmente la compensación proveniente del sistema de recompensas como una medida capaz de promover y asegurar la equidad entre los cónyuges (o compañeros permanentes), cuando uno de ellos obtuvo y acreditó un beneficio que ingresó a la masa social, incrementando el patrimonio familiar.

Dispuso en el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia, el deber de la parte interesada en recibir la respectiva compensación, de probar las inversiones o entrega de sus bienes a favor de la sociedad conyugal, y que a raíz suya se consiguió un incremento en el patrimonio de la sociedad.

Extendiendo la tesis establecida en el plano jurisprudencial, el tratadista Valencia Zea (1970) sostuvo la posibilidad de que existieran deudas interinas en las sociedades familiares, bajo la teoría de recompensas o compensaciones. Así, señaló que “existen casos en que la masa de gananciales se acrecienta a expensas de los bienes no gananciales, o los bienes de exclusiva propiedad se enriquecen con bienes del haber social” (p. 333).

A partir de estos conceptos, Valencia Zea recoge dos hipótesis o situaciones para que operen las recompensas. La primera, cuando se da en venta un bien propio y se adquiere un nuevo bien, sin que se haga uso de la subrogación de inmuebles y, la segunda, cuando las deudas personales, más no del haber social, son pagadas con recursos que debían haber ingresado a la sociedad. En ambos casos, es menester que opere un pago a favor de la parte que se haya visto afectada o de la masa social, según las circunstancias.

Es así como, siguiendo la misma línea, puede clasificarse también el pasivo de las sociedades conyugales o patrimoniales en pasivo absoluto y pasivo relativo. Por regla general, el pasivo social comprende los créditos u obligaciones que gravitan de manera definitiva en contra de la sociedad conyugal o patrimonial (Suarez Franco, 2006). De conformidad con el artículo 1796 del Código Civil, se dice que conforman el pasivo social las pensiones o los intereses obtenidos en vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial, las deudas no personales que se contraigan durante el matrimonio o la unión marital, y las garantías reales y deudas del mantenimiento y educación de los hijos.

De otra parte, el pasivo relativo se encuentra conformado por las obligaciones que la sociedad entrará a cubrir, pero a partir de las cuales uno de los cónyuges o compañeros se vio beneficiado y, por lo tanto, se obliga a recompensar a la sociedad cuando ésta se liquide.

En síntesis, las recompensas se configuran como prestaciones compensatorias que restablecen la ruptura del equilibrio económico que surge de la administración patrimonial en el plano familiar, y que puede ser reclamado al momento de liquidarse la correspondiente sociedad. En palabras de Suarez Franco (2006), las recompensas: “son créditos que el marido, la mujer o la sociedad conyugal pueden reclamarse entre sí en la

liquidación de la sociedad conyugal, por haber ocurrido desplazamientos patrimoniales o pago de obligaciones en favor o en contra de la sociedad o de los cónyuges” (p. 363).

Esta institución jurídica, que se encuentra contemplada en el Código Civil, en el artículo 1825, y que se extiende a otras estructuras familiares, advierte que: “[s]e acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización, según las reglas arriba dadas”.

### ***Fundamentos del contrato de leasing***

El contrato de leasing es considerado en el ordenamiento jurídico colombiano como un contrato atípico, que no se enmarca en las clasificaciones comunes de los negocios jurídicos y que suele constituir un medio de financiación que le permite a las personas adquirir bienes, mediando su tenencia o uso y conllevando un pago de amortización (Superintendencia Bancaria, 2016).

El contrato también se considera atípico porque su estructura y contenido encuentra fundamento no en normas positivas, sino en costumbres mercantiles y prácticas comerciales, que permiten desarrollar diversos tipos o clases de operaciones de arrendamiento financiero, en donde, por regla general el uso del bien objeto del negocio es puesto en manos de una de las partes, que a manera de contraprestación paga el equivalente a cánones de arrendamiento y posteriormente podrá ejercer una opción de compra. Así las cosas, es posible caracterizarlo de manera específica y diferenciarlo de otros contratos por sus elementos esenciales, haciéndolo autónomo y principal.

El leasing apareció, en la práctica, como una oportunidad de financiación, buscando promover el crecimiento, expansión y mejora en las condiciones de las economías más pequeñas. Es así como ha tenido un impacto importante a nivel empresarial, aumentando los indicadores de productividad (Asobancaria, 2016).

Tal y como se indicó, a través de esta forma contractual el locatario identifica un bien y concurre a una entidad de tipo financiero para que lo adquiera. Tras lo cual, la entidad concede el uso al solicitante y, a título de contraprestación, recibe un pago de tipo periódico, como si se tratara de un arriendo. La motivación del negocio y la razón para enlistarse como un contrato financiero está dada, en principio, por la ausencia del capital suficiente, en cabeza del solicitante, para pagar el bien o su cuota inicial. No obstante, es aprovechado hoy en día como una estrategia en pequeños emprendimientos y pequeñas y medianas empresas, para evitar la depreciación de inmuebles, vehículos, maquinarias, herramientas o implementos tecnológicos, entre otros, que con el paso de los años es preferible renovar y no acumular.

De conformidad con el Oficio Circular 220-176862 del 26 de noviembre de 2018, expedido por la Superintendencia de Sociedades, los elementos esenciales del contrato de leasing son: la entrega del bien y el pago de un canon de arrendamiento. Sin embargo, doctrinantes como Arrubla (2002) consideran la existencia de la opción de compra como un elemento relevante en el negocio.

De acuerdo con Cardona (2018), el leasing es una alternativa importante para las empresas, familias y personas en general, ya que representa la posibilidad de poder usar y beneficiarse del activo a cambio del pago periódico, que puede ser saldado de los ingresos recibidos por la utilización de dicho activo productivo, sin que sea de su propiedad.

Con el paso de los años esta figura se ha ido incorporando indirectamente en el marco normativo nacional, a través de conceptos y circulares reglamentarias. Aun cuando existe poca regulación, el negocio jurídico fue asociado originalmente al estatuto orgánico del sistema financiero de Colombia, en donde se determinaron autorizaciones para efectuar en el país tales operaciones, en cabeza de entidades crediticias, tales como: las compañías de financiamiento y los bancos comerciales (Superintendencia Bancaria, Circular Externa 07 de 1996). Más adelante, con base en la reglamentación complementaria de la Superintendencia Bancaria (actualmente, Superintendencia

Financiera), se incluyeron definiciones y regularon otros aspectos, tales como la autorización para celebrar este tipo de contratos y las modalidades que puede revestir la operación de leasing.

Así mismo, a través del Decreto 2555 de 2010, mediante el cual se recogieron y reexpidieron las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores, se llenaron los vacíos existentes frente a los roles y funciones de las partes intervinientes y participantes en los contratos de leasing, se abordaron los derechos y el tratamiento de los consumidores financieros y se crearon pautas para ponderar los activos dados en leasing y gestionar la concentración de riesgos y la administración de los bienes restituidos a las entidades financieras, entre otros.

### ***El leasing financiero***

Por medio de esta modalidad, una de las partes (sociedad leasing) entrega a la otra (locatario) el bien que fue seleccionado previamente como objeto del negocio, para que esta lo utilice y aproveche, y a cambio de ello, el locatario tiene la obligación de pagar una suma periódica similar a un canon de arrendamiento. Lo particular de este tipo de leasing está en que al cumplimiento de un plazo que acuerdan las partes, se otorga al locatario la opción de adquirir el bien inicialmente dado en leasing, tomando los pagos realizados durante el tiempo definido como un abono para el valor total (Asobancaria, 2016).

Entre los elementos esenciales del leasing financiero se encuentra la entrega del bien para uso y goce, el pago de un canon periódico y, como lo advierte Arruba (2002), la existencia de la opción de compra.

En el leasing financiero, se transfiere al locatario los riesgos derivados de la utilización (uso y goce) de los bienes, debiendo prever desde su celebración los aspectos relativos a reparaciones, mantenimiento, seguros, entre otros. Este tipo de negocio constituye la forma más común y comercial del leasing en las entidades autorizadas, toda vez que presenta importantes beneficios frente a la posibilidad de adquisición del bien, el precio se encuentra regulado desde la celebración y el plazo estimado para los pagos periódicos

suele constituir la mayor parte de la vida útil del bien.

### ***El leasing operativo***

Entre los elementos esenciales del leasing operativo es posible evidenciar la entrega del bien objeto del negocio, previamente seleccionado por el locatario para su adquisición por la sociedad leasing, así como el pago de un canon periódico. En este caso, igualmente, la entrega viene dada por la sociedad autorizada a favor de un locatario, quien podrá utilizarlo y explotarlo. A cambio, también igual, éste tiene la obligación de pagar una suma periódica similar a un canon de arrendamiento. Sin embargo, la diferencia entre el leasing financiero y el leasing operativo radica en que este último no contempla la opción de compra, por lo cual se termina asemejando mucho más a los contratos de arrendamiento (Asobancaria, 2016).

Es así como el leasing operativo tiene un uso mucho más limitado, donde el locatario escoge el bien que requiere y, tras ser adquirido por la entidad financiera, es entregada para su aprovechamiento durante el tiempo acordado por las partes.

En este tipo de leasing, las responsabilidades frente al bien, es decir, lo relacionado con su mantenimiento, reparación y pago de impuestos y seguros, corren por cuenta de la sociedad leasing y no del locatario, lo que permite que se erijan objetivos, funciones e intereses diferentes en cada caso, pero igualmente beneficiosos para las partes involucradas en este tipo de servicios. En principio, esta modalidad se prefiere sobre bienes que presentan un desintegro u obsolescencia rápida, según su explotación, o de cara a servicios complementarios en el funcionamiento ordinario de las empresas.

### ***El leasing habitacional y su vinculación con la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial***

Los derechos y las obligaciones provenientes del leasing habitacional, como especie de leasing financiero, cuyo objeto yace en bienes inmuebles con destinación habitacional y no comercial, suelen ser difícilmente asimilables en el contexto y en la reglamentación sobre el haber social. De hecho, es el carácter de inmueble habitacional el que suma un par de inquietudes adicionales, pues si se tratara de un leasing netamente financiero, podría incorporarse a la sociedad conyugal o patrimonial como ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, impactando positivamente las finanzas familiares.

Es así, como las causales para la disolución y posterior liquidación de las sociedades familiares son, en esencia, taxativas. Es decir, exclusivamente aparecen enunciadas y descritas en la ley y en la jurisprudencia. Así como existen activos como bienes, derechos y acciones dentro de estas sociedades, también existen pasivos que pueden ser externos, con terceros, o al interior de la misma sociedad conyugal, como corresponde a las recompensas, las cuales en capítulos anteriores se describieron.

Habiendo identificado las características que se derivan de las sociedades conyugales y patrimoniales, así como la razón de ser del leasing y algunas de sus modalidades, a continuación, se desarrollará el análisis en torno al nexo que tienen ambas figuras, qué se ha propuesto para solucionar los interrogantes planteados al inicio de este artículo y

La reflexión sobre cómo incluir las obligaciones derivadas de los contratos de leasing habitacional en la liquidación de las sociedades conyugales o patrimoniales, partió de la revisión jurisprudencial de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y algunos Tribunales Superiores del Distrito, con miras a identificar las directrices generales y los criterios que se exponen en seguida:

Refiere la Corte Constitucional que el leasing habitacional otorga derechos de propiedad respecto del cónyuge (o del compañero) que ha venido realizando los pagos establecidos en la opción de compra o devolución de saldos amortizados a la fecha de su terminación. En ese sentido, se deben examinar algunos factores para establecer la mejor forma de compensación o el pago de la recompensa correspondiente al cónyuge (o compañero) afectado.

Concuerdan los fallos de la Corte Suprema, especialmente la Sentencia de 24 de agosto de 2018 del Tribunal Superior de Pereira (Sala Civil-Familia), la Sentencia de 26 de mayo de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá (Sala de Familia) y la Sentencia de 3 de junio de 2020 del Tribunal Superior de Ibagué (Sala Civil-Familia) tres aspectos claves para determinar el derecho o no al pago de recompensas. A saber: (i) el origen de los recursos, (ii) el incremento de la masa social y, por último, (iii) el detrimento hacia uno de los miembros.

Por consiguiente, tiene que demostrar la persona que reclama en la liquidación de la sociedad familiar una recompensa a favor de la sociedad, que los pagos realizados en la ejecución del contrato correspondían a dineros que no se obtenían por el cónyuge o compañero de recursos propios, esto es, excluidos del haber social, sino que contrario a tal afirmación, los recursos pertenecían al patrimonio común. No obstante, quien se defiende también estará en la oportunidad de probar que el pago de las cuotas era realizado con recursos propios, pese a que éstos permitieron el eventual aumento de la masa social, justificando con ello la reclamación de una recompensa a su favor.

Así las cosas, se torna necesario demostrar, en uno u otro caso, la causa u origen social o propio de los recursos empleados, el incremento patrimonial y el consecuente detrimento sin razones válidas o suficientes. Una vez que se identifique lo anterior, es posible definir el monto que debe reconocerse en el proceso a título de recompensa o indemnización.

En el proceso de liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial, luego de identificar el haber común, con todos sus activos y pasivos, se prevé que cada uno de los cónyuges se declare dueño de la mitad de todo lo existente. Sin embargo, ello implica depurar primero el acervo y pagar las deudas que se tengan frente a terceros. Y solo después de cumplir con este paso, se determinarán, por ejemplo, los derechos y las obligaciones derivadas del leasing habitacional, surgiendo así las recompensas como elemento de compensación o indemnización, ya bien con la masa social o con los cónyuges o compañeros permanentes. De modo que, luego de encontrarse la masa y la pareja a paz y salvo, frente a terceros y frente a ellos mismos, se realizará la asignación sin riesgos de afectación patrimonial.

## Conclusiones

La sociedad conyugal y patrimonial constituyen el núcleo económico de las familias matrimoniales o y de aquellas que se han unido sin la voluntad de casarse, según sea el caso. Su importancia evoca décadas de historia y evolución en torno a la igualdad entre hombres y mujeres, logrando el protagonismo de ambos cónyuges o compañeros permanentes, en virtud de su capacidad cooperativa de administración y de la posibilidad de generar obligaciones y derechos recíprocamente.

El haber social, en consecuencia, no es otra cosa que el inventario final de los bienes, derechos y obligaciones que ambos cónyuges o compañeros han aportado o adquirido durante la vigencia del nexo familiar, hasta su disolución o hasta que se resuelva el régimen económico común o compartido y se transite a otro, enmarcado por la independencia patrimonial.

Las sociedades comerciales, de acuerdo con la descripción que trae el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) en el artículo 98, son aquellas en las cuales dos o más personas, actuando bajo el acuerdo de voluntades libre y espontáneo que rige la celebración de contratos, se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables económicamente, con el ánimo de repartirse entre sí las utilidades o pérdidas resultantes. En las sociedades familiares, en cambio, no yace esta lógica mercantil que se dirime bajo términos de igualdad o proporcionalidad matemática. El aporte de sus socios va más allá de sumas dinerarias o labores cuantificables, el nexo se encuentra entonces configurado bajo condiciones de fraternidad, apoyo mutuo y fidelidad, haciendo que, al menos en el régimen legal y subsidiario de esta institución mancomunada, se incluya una multiplicidad de elementos descritos en el artículo 1781 del Código Civil.

No obstante, no se trata tampoco de admitir o avalar lesiones patrimoniales a los socios (cónyuges o compañeros permanentes) que desistan de este régimen. Por tal motivo, la misma ley prevé un sistema de recompensas, a manera de compensación, por las contribuciones realizadas al momento de su constitución o a lo largo de su existencia. Estas recompensas, justamente, hacen parte de las previsiones del haber social y, conforme con la doctrina y jurisprudencia, tienen un momento preciso para ser invocadas y reconocidas durante el proceso de liquidación.

Este fenómeno significa que, si la masa social o una de las partes se vio beneficiada con dineros o acciones u otras formas de devoluciones de inversiones realizadas durante la vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial, para compensar las ventajas obtenidas, deba pagar una recompensa que beneficiará, equiparando productos y cargas, al cónyuge o compañero que no la obtuvo en su momento.

Es en dicho contexto que yacen las novedades que trae, respecto de negocios más tradicionales, el leasing habitacional. Un contrato sobre el que podría no haberse ejercido la opción de compra, pero sí la liquidación de la sociedad familiar de donde tuvo origen, pudiendo verse mejorado uno de los cónyuges o compañeros permanentes y, simultáneamente, afectado el otro.

Por ende, es prudente advertir cómo deberían ser incluidas las obligaciones y derechos derivados de un contrato de leasing habitacional al momento de liquidar la sociedad conyugal o patrimonial, esto es, reconociendo el origen de los recursos con los cuales se realizó o se viene realizando el pago de las cuotas, examinando cuál patrimonio se vio o se podría ver mejorado con la opción de compra y, de forma paralela, cuál patrimonio se vio o se podría ver desmejorado por el hecho de haber contribuido y no tener la oportunidad de consolidar, cuando menos, una expectativa de dominio. Aparte de otras aristas que contribuyen con una reflexión más profunda y casuística de la materia, como son la devolución de recursos o el pago recibido a raíz de la cesión del contrato.

En el detalle de los tres elementos anteriores es posible verificar eventuales deudas internas, o de la masa social hacía cualquiera de los cónyuges o compañeros, o de uno de ellos hacia la sociedad conyugal o patrimonial. A fin de cuentas, se causa un perjuicio o detrimento por dejar de percibir recursos que, de otro modo, podrían ser administrados para rendir frutos o podrían simplemente ser dispuestos a placer, pero que habiéndose desviado antes de ingresar al patrimonio propio o social, son usados para pagar una determinada obligación contractual. En definitiva, si están probadas las tres condiciones, es dable acordar o fijar el pago de la compensación o indemnización que permita recuperar el equilibrio económico social.

Una vez se conviene entre el locatario y la entidad financiera el contrato de leasing habitacional, surge la obligación pecuniaria que debe incluirse como pasivo social. Y tan pronto como se cumple el término estipulado en el contrato, es posible que el bien ingrese o no como activo. En caso de que no se aproveche la opción de compra, el asunto no tendría por qué derivar en nuevas preguntas o situaciones por resolver, pero si se adquiere el bien objeto de leasing o si se liquida la sociedad antes de que ello sea posible, entrará a la sociedad familiar en el primer caso y deberá ser objeto de la partición, con las salvedades compensatorias hechas arriba; o significará una responsabilidad y eventualmente una ventaja estimable en dinero para la persona que conserve su participación en el contrato de leasing, que en ningún caso debería pasar inadvertida durante la liquidación.

En efecto, el cónyuge o compañero permanente que conserve el cargo de locatario, por una parte, asumirá una obligación crediticia que en la liquidación debe ser vista como pasivo adjudicado. Sin embargo, en caso de que haga uso de la opción de compra, es menester entender que habrá sacado provecho de los pagos parciales realizados, probablemente, con bienes para aquel entonces sociales. Por consiguiente, resulta sensato un manejo contable cuidadoso de las características y condiciones exactas, provenientes del contrato de leasing.

Es así, en los términos anteriores como se encuentra el panorama actual del leasing habitacional en Colombia al momento de realizar la liquidación de sociedad conyugal o patrimonial, una figura que aún tiene muchos aspectos por detallar y reglamentar y que abre la posibilidad de nuevas alternativas para lograr un criterio unificado por las altas Cortes.

## Agradecimientos

A la Universidad Francisco de Paula Santander Seccional Ocaña, por crear estos espacios académicos en donde los profesionales del derecho de la región del Catatumbo logramos exponer nuestros postulados en temas que nos generan investigación jurídica en la región.

## Referencias Bibliográficas

Arrubla, J.A. (2002), Contratos Mercantiles, Tomo II, Contratos atípicos, 4 edición.

Cardona, A. O. (2018) Diario La República. Bancolombia, Davivienda y el Banco de Bogotá son los líderes en cartera de leasing. Tomado de: <https://www.larepublica.co/finanzas/bancolombia-davivienda-y-el-banco-de-bogota-son-los-lideres-en-cartera-de-leasing-2716824>

Código Civil de los Estados Unidos de Colombia [CC]. Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-014 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. 4 de febrero de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-014-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-936 de 2006. M.P: Eduardo Montealegra Lynett. 15 de octubre de 2003. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-936-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-700 de 2013. M.P: Alberto Rojas Ríos. 16 de octubre de 2013. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-700-13.htm#:~:text=C%2D700%2D13%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20Corte%20Constitucional%20encuentra%2C%20que,42%20C.N\).](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-700-13.htm#:~:text=C%2D700%2D13%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20Corte%20Constitucional%20encuentra%2C%20que,42%20C.N).)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-107 de 2017. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. 22 de febrero de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-107-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-278 de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo; 7 de mayo de 2014. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-278-14.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 03 de octubre de 1937.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso STL 7642-2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga; 16 de septiembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso STC 1270-12019, M.P. Ariel Salazar Ramírez; 19 de septiembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso SC3864-2015. M.P: Fernando

Giraldo Gutiérrez; 7 de abril de 2015.

Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. 27 de marzo de 1971. D.O No. 33.339

Holguín, C. Reforma al régimen de la sociedad conyugal, Bogotá.

Jaramillo, I. C. (2013). Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Lafont Pianetta, P. (2013). Derecho de familia, derecho marital, filiación funcional, derechos sexuales y reproductivos. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional

Parra Benitez J. (2008) Derecho de familia. Editorial Temis.

Serrano Quintero L. (2017) Una mirada al derecho de familia desde la psicología jurídica: personas, parejas, infancia y adolescencia. Editorial Universidad Santo Tomás.

Suárez Franco, R. (2006). Derecho de familia (tomo I). Bogotá: Temis.

Suescún Melo J. (2003) Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II, editorial LEGIS.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Sala civil- familia. Proceso: 2016-00614, Magistrado Sustanciador: Manuel Antonio Medina Varón, 3 de junio de 2020.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de familia. Proceso 2020-01570, Magistrada: Lucia Josefina Herrera López, 26 de mayo de 2020.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala Unitaria civil - familia. Proceso 2013-00706, Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo, 24 de agosto de 2018.

Valencia Zea, A. (1970). Derecho civil (Tomo V. Derecho de Familia). Bogotá: Temis.