

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INTERMEDIARIO
EN EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES

JUAN PABLO MONTOYA PALACIO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2015

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INTERMEDIARIO
EN EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES

JUAN PABLO MONTOYA PALACIO

Trabajo de grado para optar al título
de Magister en Derecho

Director:
FERNANDO MORENO QUIJANO
Abogado

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2015

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma
Nombre
Presidente del jurado

Firma
Nombre
Jurado

Firma
Nombre
Jurado

Medellín, 27 de febrero de 2015

A la memoria de mis abuelos
Luis Emilio Palacio Yepes (1913 – 1973) y
Jesús María Montoya Mejía (1906 – 2000)

A mis padres por sus esfuerzos, sacrificios,
empeño y dedicación para brindarme
la posibilidad y el privilegio de estudiar.

A mi esposa por su amorosa compañía,
permanente apoyo e incansable ánimo.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

Colombiana de Tenencia de Bienes Limitada – Coltebienes Ltda., por brindarme la posibilidad de crecer profesionalmente y recoger en este trabajo muchas de las experiencias vividas en esta compañía a lo largo de varios años de ejercicio como abogado. A sus gerentes la doctora Luz Marina Ayala López y al doctor Oscar Darío Arroyave Estrada, por su incalculable apoyo y respaldo. A mis compañeros, asesores inmobiliarios y colegas que con sus experiencias, vivencias y desafíos profesionales nutrieron este trabajo de situaciones prácticas.

Al doctor Fernando Moreno Quijano y a la doctora Felisa Baena Aramburo, por sus enseñanzas, exigencias, correcciones, acompañamiento, dedicación y apoyo que me brindaron desde que esta propuesta nació y que con su invaluable ayuda hoy podemos presentar como un material académico y práctico para quienes se desempeñan en el campo de intermediación inmobiliaria.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
Capítulo I	
LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN	14
Sección Primera APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	15
Sección Segunda APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	17
Sección Tercera EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	21
1. Consideraciones históricas	21
2. El contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano	22
3. Obligaciones generales del contrato de arrendamiento	24
3.1 Obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas	24
3.2 Obligaciones del arrendatario en el arrendamiento de cosas	25
Sección Cuarta LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN	27
1. La intermediación mercantil	27
2. La intermediación inmobiliaria	29
3. La representación	31
3.1 El contrato o estipulación en favor de un tercero	32
3.2 La representación indirecta o impropia	33
3.3 La representación directa o propiamente tal	34
3.4 El mandato mercantil – Consideraciones Generales	35
3.5 El contrato de comisión	39
3.6 El contrato de corretaje	41

Capítulo II

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO INMOBILIARIO	43
Sección Primera LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO VÁLIDO	43
Sección Segunda DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN	47
1. Elementos de la obligación	47
2. Los sujetos de la obligación	47
3. El objeto de la obligación	48
4. La regla contractual	49
Sección Tercera LOS INTERESES DEL ACREEDOR EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN	51
1. La prestación de dar	54
1.1 Administración con canon garantizado	55
1.2 Administración a través de seguros de cumplimiento o fianza	56
1.3 Administración sin canon garantizado	57
2. La prestación de hacer	58
3 La prestación de no hacer	59
Sección Cuarta OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO	59
Criterios para diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado	61
Sección Quinta OBLIGACIONES IMPLÍCITAS DE INFORMACIÓN, CONSEJO E INSTRUCCIÓN	65
Sección sexta LA MORA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS	67
Sección Séptima INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE	68
1. ¿Qué debe el deudor y cuándo hay pago?	68
2. ¿Cuándo hay incumplimiento en sentido material?	69
3. ¿Cuándo el incumplimiento es imputable?	70
4. ¿Cómo opera la carga de la prueba?	71
4.1 La carga de la prueba del deudor en obligaciones de resultado y de medios	72

Sección Octava EL DAÑO	74
---------------------------	----

Sección Novena EL NEXO DE CAUSALIDAD	75
---	----

Capítulo III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES INMOBILIARIOS: APLICACIÓN PRÁCTICA DEL RÉGIMEN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	76
--	----

Sección Primera GRADOS DE DILIGENCIA Y CUIDADO EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA	78
--	----

Sección Segunda CÓMO OPERA EL RÉGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA	80
1. Cuando la intermediación versa sobre obligaciones de medios	80
2. Cuando la intermediación versa sobre obligaciones de resultado	84

Sección Tercera ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS SOBRE OBLIGACIONES DE MEDIOS EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA	85
---	----

Sección Cuarta ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS SOBRE OBLIGACIONES DE RESULTADO EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA	97
---	----

Sección Quinta ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS SOBRE OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN, CONSEJO E INSTRUCCIÓN	100
--	-----

Sección Sexta LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA Y EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR	102
1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad	103
2. El acceso de los consumidores a una información adecuada	104
3. La protección contractual en el Estatuto del Consumidor	106
3.1 La interpretación contractual	107

3.2 Los contratos de adhesión	108
3.3 Las cláusulas abusivas	110
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFÍA	117

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la estructura y el alcance de la responsabilidad civil contractual* en el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria para la celebración de contratos de arrendamiento, entendiendo la responsabilidad civil contractual como uno de los remedios que el acreedor contractual tiene a su disposición ante el incumplimiento del deudor.

¿Por qué resulta útil analizar la responsabilidad civil contractual en la intermediación inmobiliaria? La hipótesis de investigación que motivó el desarrollo del presente trabajo es la idea de que el sector de la intermediación inmobiliaria para la celebración de contratos de arrendamiento tiene un déficit en la preparación y nivel de especialidad de sus operadores, que obedece al gran desconocimiento en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que tienen los intermediarios y las consecuencias que pueden desencadenarse desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. Ello ha causado cuantiosas pérdidas económicas a los intermediarios, a sus intermediados e incluso a los mismos arrendatarios; además, ha ocasionado un generalizado descrédito gremial. Esta circunstancia está generando falta de credibilidad en el medio de la intermediación de arrendamientos en Colombia, y ha puesto en evidencia la necesidad de que los intermediarios de arrendamiento conozcan plenamente el tipo y el alcance de obligaciones que asumen, el régimen de responsabilidad que los rige, las consecuencias que conlleva el incumplimiento de sus obligaciones, así como las opciones que tienen para delimitar contractualmente su responsabilidad.

Igualmente, planteamos como argumento adicional que justifica esta propuesta, *“la escasa atención que a nuestra doctrina ha merecido la responsabilidad en los contratos de arrendamiento”*, tal como lo denuncia la doctora María del Carmen Luque Jiménez, refiriéndose a la Legislación Española, situación que, sin duda, es extensiva también al ordenamiento jurídico colombiano.

Este punto de partida nos lleva a establecer nuestro **problema de investigación**: el objetivo que nos proponemos es plantear una solución al déficit de preparación del sector de la intermediación inmobiliaria en lo relacionado con la responsabilidad contractual, mediante la construcción de un mapa de navegación que permita a los intermediarios inmobiliarios conocer las obligaciones que los rigen y medir el alcance de su responsabilidad contractual frente a sus clientes.

* La indemnización de perjuicios no constituye el único mecanismo previsto en el derecho de los contratos para remediar el incumplimiento contractual. A la indemnización de perjuicios cabe agregar la resolución, el cumplimiento forzado y la excepción de contrato no cumplido. La indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual es sólo una de las posibilidades abiertas al deudor para exigir el cumplimiento alternativo a su crédito.

Para evitar confusiones en el uso de la terminología, aclaramos que cuando hacemos referencia a los **intermediarios**, a **los agentes de intermediación**, o **la intermediación inmobiliaria**, nos referimos a la actividad mercantil de arrendar inmuebles a través de las llamadas en nuestro medio **agencias de arrendamiento**. De otra parte, el término **intermediado** se refiere a los sujetos que contratan los servicios de agencias de arrendamiento para que intervengan en la celebración de un determinado negocio jurídico, según las varias modalidades que explicaremos posteriormente.

Pero, ¿con qué metodología investigativa debemos analizar la responsabilidad civil del intermediario de arrendamiento? Como marco de investigación del presente trabajo, y, en concreto, como marco teórico, conceptual y normativo, tomaremos las nociones de la responsabilidad civil contractual, la responsabilidad civil profesional, el contrato de arrendamiento y la intermediación comercial, dentro del ámbito del ordenamiento jurídico colombiano.

Este análisis, dentro del marco investigativo trazado, implica, al igual que el análisis de la responsabilidad civil en cualquier tipo de contrato, ubicarse, en **primer lugar**, en el campo de **LA OBLIGACIÓN**: analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones del intermediario de arrendamiento, determinar si se trata de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; identificar cuáles son los intereses del acreedor que están en juego y cuáles de ellos el intermediario asumió la obligación de satisfacer; determinar si se trata de obligaciones de medios o resultado, y finalmente, identificar las diferentes obligaciones implícitas que surgen para el intermediario.

Igualmente es necesario analizar si la actividad de intermediación inmobiliaria está regida por *principios, conductas* u *obligaciones* especiales cuyo incumplimiento podrían generar responsabilidad civil. Frente a este tema podemos anticipar que no existe una enunciación de principios de aplicación exclusiva para la intermediación, pero tampoco desconocemos la aplicación de principios generales del derecho comercial como *“la confianza; la transparencia en la información; la calidad de los productos, bienes o servicios; la libre forma de la voluntad para obligarse¹”*, etc.

En cuanto a la formulación de *conductas* que debieran observar los intermediarios en la celebración de los contratos de mandato y arrendamiento, si bien es cierto no existe un manual o compendio gremial, la aplicación de principios generales del derecho comercial, como lo es el principio de la buena fe, conduce a que las

¹ Oscar Orlando Rios Silva. Derecho Comercial General Curso Elemental y Nociones Básicas. Bogotá : Daza impresores, 2007. p. 191.

agencias de arrendamiento, dados sus conocimientos, puedan determinar el tipo de conductas que deben observar en la celebración de sus contratos.

El eje de la actividad de intermediación inmobiliaria es la autonomía de la voluntad privada de las partes, que se manifiesta principalmente, a través de las *obligaciones* pactadas. Ello implica que son las obligaciones del contrato (explícitas o implícitas) las que gobiernan la relación entre el intermediario y el intermediado. La intermediación en la celebración de contratos de arrendamiento es un campo complejo que puede dar lugar a la existencia de gran variedad de obligaciones, pues debe atenderse, entre otros factores, a las características especiales del bien a arrendar; a las exigencias bajo las cuales el intermediado pretende se administre el inmueble, a las exigencias concretas de los arrendatarios, y a la condición de especialista que rece sobre la agencia de arrendamiento. Además, se trata de una actividad comercial especializada, pues existe una amplia demanda de inmuebles comerciales e industriales con altas especificaciones, lo que nos lleva al campo de la responsabilidad profesional con sus diferentes obligaciones implícitas de información, lealtad, confidencialidad, entre otras.

Es importante además, señalar que los intermediarios en la celebración de contratos de arrendamiento adquieren diferentes tipos de obligaciones según el **tipo de mandato** que ejecuten: con o sin representación, o si se trata de un contrato que se asemeja más a una comisión o a un corretaje* (esta última modalidad contractual también es conocida en el medio de las agencias de arrendamiento como contrato de gestión), según los servicios contratados con el intermediado de acuerdo con sus intereses. Estas modalidades de intermediación, según veremos, tienen un alto impacto en el alcance de las obligaciones del intermediario: en ocasiones el intermediario asume las obligaciones del arrendador y en ocasiones actúa como simple intermediario y su labor termina con el acercamiento del arrendador y el arrendatario.

* ART. 1262.—*El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.*

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Conferida la representación, se aplicarán además las normas del capítulo II del título I de este libro.

ART. 1287.—*La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.*

ART. 1340.—*Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.*

En **segundo lugar**, después de analizar el tipo y alcance de las obligaciones a cargo del intermediario, es necesario estudiar el requisito esencial de la responsabilidad contractual: *EL INCUMPLIMIENTO*. Se trata de identificar cuándo puede afirmarse que el intermediario incumplió las obligaciones a su cargo, lo que permite al acreedor contratante ejercer el remedio de la **responsabilidad civil contractual**. El estudio del incumplimiento contractual según veremos en este trabajo, implica distinguir entre el incumplimiento **material**, el incumplimiento **imputable** (aquel que no se debe a causa extraña), y tener en cuenta el análisis de la **presunción de incumplimiento** que existe en nuestro sistema jurídico a partir de que el acreedor pruebe el incumplimiento material del deudor. Además, deben analizarse las diferentes modalidades de incumplimiento: total, parcial, defectuoso, tardío, y sus diferentes consecuencias para la responsabilidad civil y para el tipo de perjuicios que puede reclamar el acreedor al intermediario de arrendamiento.

Para lograr el propósito de hacer un análisis de la responsabilidad del intermediario de arrendamiento, haremos un análisis del panorama de la responsabilidad contractual pasando por las obligaciones, su incumplimiento y la imputación de responsabilidad. **La primera parte** de este trabajo estará destinada a explicar brevemente algunos conceptos básicos que son objeto de recurrente mención a lo largo de este texto: i) la responsabilidad civil; ii) el contrato de arrendamiento y iii) la intermediación mercantil. En la **segunda parte** analizaremos las obligaciones y la responsabilidad civil contractual del intermediario inmobiliario, pasando por el contrato, la obligación (su naturaleza y alcance), los intereses del acreedor, el incumplimiento material, el incumplimiento imputable, el daño y el nexo de causalidad; haciendo referencia permanente a las diferentes modalidades contractuales que se ofrecen en el sector de la intermediación inmobiliaria. La **tercera parte** del trabajo concluye con la exposición de algunos casos de común ocurrencia en la actividad de intermediación inmobiliaria, los cuales se analizan desde la perspectiva de la responsabilidad civil, además de algunas recomendaciones a partir de las cuales puede armonizarse la prestación de estos servicios con el nuevo Estatuto del Consumidor, brindar herramientas para el crecimiento gremial y precaver litigios por situaciones frente a las cuales pueden existir medidas preventivas.

No pretendemos con este trabajo agotar exhaustivamente toda la estructura y alcance de la responsabilidad contractual en la intermediación inmobiliaria, dado que ésta depende de un sinnúmero de factores de gran complejidad que implicarían un análisis extenso. El objetivo de este trabajo es proporcionar un mapa general de navegación que permita a los intermediarios inmobiliarios saber, a grandes rasgos, cuáles elementos deben tenerse en cuenta para determinar las obligaciones que los rigen, y, en consecuencia, cuál es el alcance de su responsabilidad contractual frente a sus clientes. La idea es que este mapa de navegación sea útil para que los intermediarios de arrendamiento estructuren adecuadamente sus contratos, regulen sus obligaciones, actúen conforme a ellas, y eviten litigios, o, si llegan a ellos, los enfrenten con las herramientas adecuadas.

Capítulo I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

PRESENTACIÓN. La proliferación de actos comerciales de intermediación en materia inmobiliaria genera la necesidad que estos sean analizados frente a las instituciones de la responsabilidad civil contractual. El arrendamiento de inmuebles, considerados en nuestro medio como bienes valiosos sobre los cuales se fincan importantes intereses económicos, ha hecho de los negocios encaminados al intercambio de estos una actividad especializada, y con un creciente aumento de agentes intermediarios.

Es importante resaltar que en el campo de acción de los agentes inmobiliarios no sólo tienen lugar la celebración de contratos de arrendamiento, sino también de múltiples contratos, entre los cuales podemos citar a modo de ejemplo: la promesa de compraventa, la compraventa, el corretaje, el mandato con y sin representación, etc. El presente trabajo centra su análisis, principalmente, en la intermediación para la celebración de contratos de arrendamiento, lo cual puede tener lugar cuando el intermediario actúa en nombre del intermediado, o cuando se limita a acercar a las partes y facilitar la celebración del contrato. Así entonces, para poder concretar las modalidades contractuales que ofrece el mercado inmobiliario local, es necesario revisar los conceptos básicos sobre el contrato de arrendamiento, la tipología de los contratos de intermediación y las nociones primarias de la responsabilidad civil contractual.

El profesor *José Armando Bonivento Jiménez*² en su obra sobre los contratos mercantiles de intermediación, afirma que los negocios jurídicos de naturaleza comercial son, en su gran mayoría, celebrados directamente por los sujetos interesados y llamados finalmente a ser destinatarios de las consecuencias de éxito o fracaso de la relación negocial. Sin embargo, (a pesar de ser ésta una observación que compartimos plenamente) hechos como los constantes desarrollos y avances del comercio, la contratación en masa, la especialización de actividades, la agilidad de ciertas operaciones de intercambio de bienes y servicios, han convertido los contratos de intermediación en un instrumento aconsejable, no solo para garantizar plenamente el éxito de la operación, sino

² José Armando Bonivento Jiménez. Contratos Mercantiles de Intermediación. Santafé de Bogotá : Ediciones librería del profesional, 1999. p. 3-4.

para aminorar y proteger patrimonialmente a quien pueda estar en condiciones de debilidad frente a agentes especializados de comercio.

La actividad de intermediación inmobiliaria merece una revisión desde el punto de vista jurídico, para delimitar el marco de obligaciones dentro del cual actúan los intermediarios y, de ser posible, definir los contratos (típicos o atípicos) bajo los cuales desarrollan sus actividades. Además, la intermediación inmobiliaria como prestación de un servicio comercial y especializado, debe cumplir con las obligaciones que impone el Estatuto de Protección al Consumidor y con la carga propia de las obligaciones de información, consejo e instrucción.

Resulta importante entonces, en la primera parte de este trabajo, revisar someramente los conceptos básicos de responsabilidad civil contractual, el contrato de arrendamiento y los contratos de intermediación, ubicando la relevancia de dichos conceptos en el campo de la intermediación inmobiliaria, según pasaremos a ver a continuación.

Sección Primera

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En cuanto al **concepto de responsabilidad civil** no existe una posición única e incluso podría afirmarse que se trata de una cuestión polémica. Al respecto, *Obdulio Velásquez Posada* citando a los hermanos *Henri y Leon Mazeaud* indica lo siguiente:

Si existe una tarea que se sienta uno tentado a abordarla sin definirla, es desde luego, el de la responsabilidad civil. En su misma definición aparecen, en efecto, las profundas divergencias de enfoques que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y la legislación. No se trata aquí de las discrepancias de detalle que surgen a cada paso; sino de esa discusión tan viva, a veces tan áspera, sin duda porque desborda la esfera de las concepciones puramente jurídicas, que domina el conjunto de la materia y que ponen en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la moderna del riesgo³.

No obstante, es pertinente exponer algunos conceptos desarrollados por la más autorizada doctrina foránea y que pueden ilustrar el objeto de estudio. Veamos:

³ Obdulio Velásquez Posada. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá : Editorial Temis, 2009. p. 5.

La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también, un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). La responsabilidad civil permite también diluir la carga de un daño, cuando es inequitativo que este sea soportado por quien lo ha causado (por la vía de la Seguridad social y del Seguro). Finalmente la reparación conlleva un aspecto punitivo (de pena privada), especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero⁴.

La anterior definición evidencia como sustento de la responsabilidad civil la teoría de las obligaciones. *“La doctrina contemporánea considera que existen dos grandes fuentes de las obligaciones dentro de las cuales se enmarcan las admitidas por la doctrina tradicional (...) esos dos campos o fuentes de las obligaciones son los actos jurídicos y los hechos jurídicos⁵”*. En nuestro caso se hará referencia a los actos jurídicos, pues el tema de estudio está relacionado con eventos en los cuales median relaciones contractuales.

Los profesores *Valencia Zea* y *Ortiz Monsalve* en su tratado de las obligaciones, se refieren a la noción de la responsabilidad civil indicando que: *“una personas es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo. Algunos teóricos prefieren llamarla, como en el derecho anglosajón, derecho de daños⁶”*.

Esta definición entiende la responsabilidad civil como una obligación de reparación, pero debemos advertir que la configuración del daño no siempre implica o conlleva responsabilidad del causante, ya que pueden presentarse situaciones que le permiten exonerarse.

En la doctrina nacional, la recurrida obra de *Tamayo Jaramillo* define la responsabilidad civil en los siguientes términos:

(...) 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 en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita

⁴ Philippe Le Tourneau. La responsabilidad civil. Colombia : Legis, 2004. p.21.

⁵ Javier Tamayo Jaramillo. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. 2.ed. Colombia : Legis, 2007. p. 4.

⁶ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. Derecho Civil, Tomo III De las obligaciones. 10 ed. Bogotá : Editorial Temis, 2010. p.169.

debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.⁷

Las anteriores definiciones con las cuales se pretende ilustrar la materia, permiten concluir que la responsabilidad civil, como institución jurídica, se estructura desde la teoría de las obligaciones, y, según el vínculo que media entre el acreedor y deudor, la responsabilidad podrá ser extracontractual (artículos 2341 al 2360 del Código Civil) o contractual (artículos 1602 al 1617 Código Civil). Esta clasificación ha sido la más socorrida y utilizada. Hoy la doctrina “*acepta sin mayor dificultad la precontractual y algunos insisten en una nueva clase que denominan poscontractual*”⁸.

Sección Segunda

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Las complejidades para definir la responsabilidad civil como institución jurídica, se extienden a la **Responsabilidad Contractual**, pues como lo afirma *Pizarro Wilson*⁹, es una expresión que no es utilizada en los Códigos de Don Andrés Bello, razón por la cual, tenemos que delimitar su existencia a aquellas conductas reguladas en el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil.

En este mismo sentido, *Arturo Valencia Zea* y *Álvaro Ortiz Monsalve* afirman, haciendo alusión a esta modalidad de la responsabilidad civil, que “*debiera llamarse responsabilidad por violación de los derechos de crédito, por cuanto pueden violarse no solo las obligaciones nacidas del contrato, sino también las nacidas de cualquier otra fuente*”¹⁰. Similar percepción del tema se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

(...) así entendida la responsabilidad contractual, su denominación tradicional resulta impropia como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos. Pero, en todo caso, el concepto de la misma circunscribe el campo de su operancia, cual es el de la ejecución de las obligaciones. Con otras palabras, cuando de ella se trata, el punto de partida de

⁷ TAMAYO, Op. cit., p. 8.

⁸ *Ibíd.*, p.170.

⁹ Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, Op. cit., p. 209-223.

¹⁰ Valencia y Monsalve, Op. cit., p. 353.

la valoración jurídica pertinente se encuentra en el momento en que la obligación ya nacida se ha hecho exigible y debe ser ejecutada (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 15 de julio de 1985. G.J., t CLXII, pág. 327).¹¹

Por su parte, *Velásquez Posada*¹² ofrece una definición que por su sencillez resulta práctica, al afirmar que la responsabilidad contractual es una institución del derecho que propende por resarcir o reparar los daños generados por el incumplimiento de obligaciones de tipo contractual.

La Corte Suprema de Justicia complementa esta definición precisando las diferentes modalidades de incumplimiento que dan origen a la responsabilidad contractual:

(...) El principio general del derecho, amparado con la responsabilidad contractual, que se traduce en la obligación indemnizatoria de perjuicios al acreedor, es el de que el deudor debe cumplir su obligación en la forma y tiempo debidos o sea que éste incurre en dicha responsabilidad cuando deja de ejecutar total o parcialmente la prestación debida, o cuando la ejecuta defectuosa o tardíamente (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 15 de julio de 1985. G.J., t CLXII, pág. 327)¹³

Así las cosas, para poder abordar la responsabilidad civil de naturaleza contractual, debemos referirnos previamente a la fuerza vinculante de los contratos, cuyo sustento normativo lo encontramos en el artículo 1602 del Código Civil y del cual se deriva la facultad, de que es titular el acreedor de la obligación incumplida, para exigir de su deudor, no solo el cumplimiento de las prestaciones acordadas, sino, además, para que se le indemnicen todos aquellos perjuicios que el incumplimiento le haya podido generar. Tal concepción deja a salvo la posibilidad del deudor de excusar su incumplimiento, si llegaren a mediar eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito.

A partir del anterior planteamiento podemos estudiar los eventos que constituyen incumplimiento de obligaciones propias del contrato de mandato, la participación de agentes intermediarios y las situaciones que puedan calificarse como incumplimiento puro y simple, cumplimiento moroso o defectuoso.

Ahora bien, es importante mencionar que algún sector de la doctrina opta por afirmar que no hay lugar a dividir la responsabilidad civil, pues el cometido es lograr la

¹¹ Colombia. Ministerio de Justicia. Superintendencia de Industria y Comercio. Código Civil. Edición Especial del Centenario 1887 – 1987. Bogotá : Printer Colombia, 1988, p. 553.

¹² Velasquez, Op. cit., p. 36-38.

¹³ Colombia. Ministerio de Justicia. Superintendencia de Industria y Comercio. Código Civil. Op. cit., p.553.

reparación del daño causado sin justificación alguna, bien sea consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales, o violaciones al deber general de prudencia. Sin embargo, profundizar en este tipo de discusiones no es el objeto que nos aboca y por lo pronto será suficiente con señalar que la naturaleza de la obligación determina el tipo de responsabilidad que se pretenda analizar.

A pesar de la coexistencia de teorías que propenden por dividir la responsabilidad civil en contractual y extracontractual y quien argumentan una posición unitaria, existe una frontera común derivada del artículo 2341 del Código Civil. Así, *Obdulio Velásquez Posada* utiliza la siguiente fórmula:

(...) los presupuestos o elementos esenciales de toda forma de responsabilidad [son]:

$$R=(C+c+D+N)$$

Donde (R) representa la incógnita que tiene el operador del derecho de identificar si alguien es o no responsable de reparar un daño. Para saberlo ha de verificar que cada uno de los factores de la fórmula esté demostrado en el juicio que se hace del caso. En primer lugar, que el demandado realizó la conducta (C), con culpa o dolo (c) en los casos de responsabilidades subjetivas. En segundo lugar, ha de probarse que el demandante sufrió un daño cierto, personal y antijurídico (D) y, finalmente, que existe un nexo causal entre la conducta y el daño causado (N).

Estos elementos son comunes y esenciales a toda forma de responsabilidad civil contractual o extracontractual, del Estado, etc. con única excepción de que tratándose de responsabilidades objetivas, la culpa no es un requisito y, por lo mismo, no es necesaria su existencia para hacer nacer la obligación de reparar los daños.¹⁴

Si bien es cierto el anterior esquema corresponde a un límite común y general que aplica para la responsabilidad extracontractual y contractual, cada elemento de la fórmula tiene un desarrollo específico y una normatividad que le sirve de soporte. Así entonces, cuando se trata de la responsabilidad contractual es necesario hacer referencia al artículo 1602 del Código Civil, pues esta norma establece el principio de obligatoriedad de los contratos, equiparándolo incluso con el acatamiento a la Ley. En este mismo sentido el artículo 1603 C.C., es indispensable para determinar el marco de conductas a las cuales está obligado el deudor en una determinada relación contractual, pues no solo se trata de auscultar lo expresamente convenido por las partes, sino la buena fe que debe mediar en toda relación y aquellos

¹⁴ Velasquez, Op. cit., p. 16.

aspectos que emanan de la naturaleza de la obligación o que por disposición legal pertenecen a su esencia. Finalmente, la culpa y el dolo en materia contractual, conducen al estudio de los artículos 63 y 1604 del Código Civil, que regulan y desarrollan la triple clasificación de la culpa incorporada por *Don Andrés Bello*, a partir de los trabajos de Pothier¹⁵.

Es importante mencionar que en algunos escenarios la responsabilidad contractual debe estudiarse con los parámetros específicos de la denominada responsabilidad civil profesional. Los conocimientos y especialidades del deudor profesional pueden comprometer su responsabilidad ante el incumplimiento injustificado de las prestaciones acordadas, pues no solo se trata de verificar el acatamiento a los parámetros de la ciencia y buena praxis, sino que además, debe actuarse dentro de la buena fe y confianza que depositan los incautos en las materias contratadas. En este sentido *“El juez debe escrutar el contrato para determinar en la especie, no solamente a qué y cómo se comprometió expresamente el profesional, sino también a qué lo obliga la buena fe”*¹⁶.

La complejidad de los mercados, las relaciones de comercio y la indudable incidencia que pueden tener los agentes profesionales en la economía, han propiciado el surgimiento y el reconocimiento de una serie de obligaciones específicas aplicables al deudor profesional. Estas obligaciones, tales como *“la obligación de información frente a todo cliente eventual (obligación precontractual) y la obligación de seguridad”*¹⁷, constituyen un desarrollo novedoso de la responsabilidad civil, que es plenamente aplicable al caso de la intermediación inmobiliaria, según veremos más adelante.

La responsabilidad profesional y los elementos que han permitido su desarrollo teórico y práctico, deben ser entonces tenidos en cuenta para determinar el espectro de obligaciones y responsabilidades dentro de la actividad de intermediación inmobiliaria o de las agencias de arrendamiento.

Sección Tercera

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1. Consideraciones históricas. El contrato de arrendamiento como institución jurídica tiene claros orígenes en el *Derecho Romano* y de ello dan cuenta los escritos de GAYO y el mismo *Digesto*, resaltando que su surgimiento no se da como figura autónoma e independiente, sino como un contrato que se desarrolla y crea a partir del contrato de compraventa.

¹⁵ Valencia y Ortiz, Op. cit., p. 354.

¹⁶ Tourneau. Op. cit., p. 142-143.

¹⁷ *Ibíd.*, p.204.

La figura se conoció con el nombre de *llevanza*, transformada posteriormente a la de *locatio*, que significa locación, arriendo, alquiler; asociada luego a la *locatio conductio*, para significar arrendamiento pero considerado tan solo desde el punto de vista del inquilino o arrendatario. En este orden siguieron varios términos: *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios), *locatio operis* (arrendamiento de obra), *locatio rei* (arrendamiento de cosas), *locatio conductio piscatus* (arrendamiento de pesca en una determinada región, cuya renta percibía el Estado) y el *locatio conductio agri vectigalis* (arrendamiento del *ager vectigalis*, es decir, del que recae sobre bienes de corporaciones públicas y, en ocasiones sobre tierras del estado).

(...) la *locatio conductio* fue adquiriendo autonomía, para llegar a entenderse como una especie de cesión o desprendimiento bien para el goce de una cosa, de la prestación de un servicio, o de una obra, e incluso para la prestación de un trabajo. Para nuestro caso, importa la *locatio conductio rei*, valga decir, el arrendamiento de una cosa, a través del cual se entregaba la cosa al arrendatario y este reconocía una renta periódica por la utilización o goce de la misma.

(...) necesario es advertir que el Código Francés adopta el criterio romano de arrendamiento de cosas y de obra (...). Pero mucho más obediente a los principios del Derecho Romano fue el Código Civil Chileno, el cual acoge la triple clasificación, valga decir, arrendamiento de cosas, servicios y obra. Ahora bien, como la codificación colombiana es un simple calco de la chilena, es de esperar que nuestro Código Civil se refiera a tal clasificación¹⁸.

En este mismo sentido, es decir, tratándose de una concepción arraigada y al parecer pacífica, si se revisa la doctrina de corte histórico que estudia las instituciones del Derecho Romano, tal y como lo plantea *Vicenzo Arango –Ruiz*¹⁹, nos encontramos con que el contrato que arrendamiento, denominado en sus inicios como locación –conducción (*locatio conductio*), hace parte de una interesante clasificación de contratos consensuales expuestos por GAYO, dentro de los cuales, además, está la compraventa, la sociedad y el mandato.

A partir de estas precisiones, los juristas romanos como *Arango Ruiz*²⁰ atribuyen la invención de estas modalidades contractuales al *ius gentium*. El auge expansionista del Imperio Romano no solo se manifestó a través del poder militar, sino además comercial, pues una vez superadas las intervenciones de ocupación de nuevos territorios, el intercambio comercial de tipo internacional fue protagónico.

¹⁸ Nubia Amparo Ardila Rojas, y Hildebrando Leal Pérez. El contrato de arrendamiento y el proceso de restitución del inmueble (lanzamiento). Bogotá : Ediciones Librería del Profesional, 1991. p.12.

¹⁹ Vicenzo Arango Ruiz. Instituciones de Derecho Romano. Buenos Aires : Dapalma, 1989. p.374 - 375.

²⁰ *Ibíd.*, p.384-388.

La participación en mercados internacionales por parte de comerciantes romanos, los enfrentó a la necesidad de que el acuerdo entre contratantes generase obligaciones, y que no fuera necesaria la dación de la cosa para el nacimiento del vínculo obligacional. Este tipo de prácticas comerciales, dotadas de agilidad en la consolidación de los negocios de intercambio de bienes y servicios, fue rápidamente aceptada dentro de las prácticas del Derecho Civil Romano y por tanto aplicable entre sus ciudadanos.

A pesar de que el contrato de arrendamiento como práctica comercial pueda tener orígenes en el *ius gentium*, no puede desconocerse que es en el ámbito del Derecho Romano, donde la institución desarrolla sus notas características que le permiten existir actualmente como figura contractual autónoma. Con la consolidación del arrendamiento de cosas cobra plena independencia esta modalidad contractual, y a partir de allí, el contrato de arrendamiento define las obligaciones en virtud de las cuales un parte llamada o denominada arrendador, concede el uso y goce de un bien mueble o inmueble a un sujeto denominado arrendatario, quien a su vez tiene la obligación principal de reconocer una renta periódica o *merces* como técnicamente se le denominó a esta contraprestación en el Derecho Romano.

2. El contrato de arrendamiento en el ordenamiento jurídico colombiano. Una ubicación histórica del tema implica remontarnos a *Las Siete Partidas, la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación*. Sin embargo, emprender tal camino desborda los límites de este trabajo, razón por la cual, nos centramos en el Código Civil adoptado para el territorio colombiano a partir del año de 1873.

El marco normativo y general que gobierna el contrato de arrendamiento en el Ordenamiento Jurídico Colombiano está regulado en el Libro Cuarto (*De las Obligaciones en General y de los Contratos*), a partir del artículo 1973. Dicha regulación comprende prescripciones generales sobre los tipos contractuales, los bienes susceptibles de arrendamiento, las obligaciones de sus intervinientes (arrendador y arrendatario), la expiración del contrato y concluye con una serie de casos o situaciones eminentemente casuísticas, relativas al arrendamiento de bienes diferentes de cosas corporales (arrendamiento de criados domésticos, confección de obra material, arrendamiento de servicios inmateriales y arrendamiento de transporte).

Actualmente, los artículos 2045 a 2052 referentes al arrendamiento de criados domésticos, han sido subrogados por el C. S. del T., art. 22 y ss., lo cual demuestra que este tipo de relaciones, dados los avances sociales y comerciales en el intercambio de bienes y servicios, ha tenido un tratamiento más especializado por parte del Derecho Laboral. Las situaciones fácticas que dichas normas regulaban, han sido objeto de prescripciones más armónicas y acordes con las relaciones sociales imperantes, e incluso algunas hipótesis han sido recogidas por otras ramas del derecho más especializadas.

De otra parte, el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) pretendió regular lo relativo al arrendamiento de inmuebles destinados al funcionamiento de establecimientos de comercio. Sin embargo, autores como *Peña Nossa*²¹ y muchos otros, afirman que se trata de una regulación que presenta vacíos y carece en realidad de una prescripción organizada de los lineamientos aplicables al arrendamiento de inmuebles de naturaleza comercial.

Igualmente, encontramos una regulación especial aplicable al arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda urbana, consagrada en la Ley 56 de 1985 y 820 de 2003. Es importante mencionar que dado los altos costos de adquisición y en algunos casos la limitada oferta para acceder a la vivienda, el Estado se ha visto compelido a intervenir la materia, fijando tasas de incremento en las rentas, indemnizaciones especiales en favor de los arrendatarios en los eventos de terminación unilateral y anticipada de los contratos, además de una serie de aspectos que difieren del tratamiento general que tiene la materia en el Código Civil.

Vale la pena destacar que la Ley 820 de 2003, interviene tangencialmente la participación de los sujetos intermediarios o agencias dedicadas al arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda. Sin embargo, esta materia ya había sido objeto de una primera intervención superficial en el Decreto 63 de 1977.

Finalmente, puede citarse como suplemento legislativo referido al arrendamiento de bienes raíces, las normas que regulan el pago por consignación (Decreto 1943 de 1956, modificado por el Decreto 2813 de 1978 y posteriormente por 1816 de 1990), pero realmente se trata de disposiciones estrictamente relacionadas con el contrato de arrendamiento y a las cuales solo haremos referencia de ser estrictamente necesario.

3. Obligaciones generadas del contrato de arrendamiento. La propia definición que trae el Código Civil acerca del contrato de arrendamiento en su artículo 1973, permite concluir que, *las 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 éste goce, obra o servicio un precio determinado*. En esta investigación nos limitaremos al arrendamiento de cosas y especialmente al de bienes inmuebles.

El Código Civil, destina sendos capítulos al tratamiento de las obligaciones en el contrato de arrendamiento, uno de ellos, aplicable para el arrendador (*artículo 1982 al 1995*) y otro para el arrendatario (*Artículos 1996 al 2007*). Sin embargo, también existen otras obligaciones reguladas en las normas sobre la expiración del arrendamiento, en las relativas al arrendamiento de casas, almacenes y otros

²¹ Lissandro Peña Nossa. Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales. Colombia : Temis, 2010. p. 215.

edificios y finalmente, aquellas obligaciones que surgen como manifestación de la autonomía de la voluntad privada.

Identificar las obligaciones básicas que las partes tienen en el contrato de arrendamiento es necesario, para poder tener certeza de cuando una prestación se ha incumplido y cuando es necesario recurrir a la responsabilidad civil como uno de los remedios que existen a disposición del acreedor.

Brevemente, y siguiendo la sistemática del Código Civil, expondremos las obligaciones más relevantes que arrendador y arrendatario tienen en el arrendamiento de cosas.

3.1 Obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas. El artículo 1982 del Código Civil establece, *el arrendador es obligado a:*

- 1º) A entregar al arrendatario la cosa arrendada;
- 2º) A mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada;
- 3º) A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.

La norma transcrita, compendia el núcleo de obligaciones esenciales e imputables al arrendador de la siguiente forma:

- La primera obligación es una consecuencia de naturaleza obvia, que se desprende de la propia definición del tipo contractual, es decir, la obligación de entregar la cosa objeto de arrendamiento, pues no de otra forma puede el arrendatario ejercer el uso y goce sobre la misma.

A partir de esta obligación se regulan los eventos de mora o tardanza injustificada en la entrega de la cosa y que dan lugar a justas causas de terminación del contrato imputables al arrendador, dejando abierta la posibilidad en favor del arrendatario de acciones indemnizatorias por los perjuicios generados de la entrega tardía, o la no ejecución del contrato.

- *La segunda obligación* que prescribe el artículo 1982, referida a mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, no solo se verifica al momento de la entrega del bien, sino que además, se extiende por todo el tiempo de ejecución del contrato. La ejecución de esta obligación presupone un deber de diligencia y cuidado por parte del arrendador, pues debe emprender las acciones necesarias y tendientes para que la cosa se conserve en un estado que garantice el uso para el cual se celebró el arrendamiento.

En estrecha relación con esta obligación encontramos el régimen general de reparaciones aplicable al arrendador y al arrendatario, el cual además, encierra una serie de imprecisiones terminológicas, pues las condiciones tecnológicas y

avances que actualmente presentan los inmuebles, difieren de las realidades imperantes en la época en que se redactó el Código Civil. Adicionalmente, los altos costos de mantenimiento de las propiedades, los vacíos o lagunas contractuales, y la intervención de agentes inmobiliarios descuidados, poco diligentes y carentes de especialidad, hacen menos nítida la aplicación del régimen de reparaciones en la práctica.

Al igual que ocurre con la mora en la entrega del bien arrendado, el Código Civil (artículo 1990 y 1991) faculta al arrendatario para demandar la indemnización de los daños padecidos, en sus modalidades de lucro cesante, daño emergente y también la terminación del contrato.

- *La tercera obligación* del arrendador en el arrendamiento de cosas, es aquella referida a *librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada*. Dichas turbaciones según *Ardila Rojas y Leal Pérez*²², pueden provenir en *primer lugar* del mismo arrendador (artículo 1986 y 1987), en *segundo lugar*, de la acción de terceros, bien por vías de hecho o de derecho (artículo 1988 y 1989) y en *tercer lugar*, lo atinente a las perturbaciones provenientes de vicios redhibitorios (artículo 1990 y ss.).
- Se concluye preliminarmente que el artículo 1982 del Código Civil, no obstante enumerar tres grandes obligaciones, cada una de estas comprende a su vez una serie de obligaciones accesorias o adicionales, sin las cuales no podemos predicar el buen funcionamiento y cumplimiento del contrato de arrendamiento.

3.2 Obligaciones del arrendatario en el arrendamiento de cosas. Siguiendo para el efecto a *Ardila Rojas y Leal Pérez*²³, las obligaciones del arrendatario se dividen básicamente de la siguiente forma:

- 1) *Usar y gozar de la cosa conforme al contrato.*
- 2) *Conservar la cosa objeto del contrato.*
- 3) *Pagar el precio o renta.*
- 4) *Restituir la cosa.*

Son bastos y completos los estudios que la doctrina especializada ha elaborado sobre este tema y presuponemos existe un conocimiento básico que nos exime de entrar en detalles. Sin embargo, es valioso para efectos del orden expositivo hacer algunas reflexiones sobre cada una de estas obligaciones.

- *La obligación de usar y gozar la cosa conforme al contrato*, no es una cuestión de naturaleza elemental como podría pensarse. Son múltiples las controversias contractuales que se suscitan con ocasión de este aspecto y que además, tienen

²² Ardila y Leal. Op. cit., p. 56-64.

²³ *Ibíd.*, p. 64.

repercusiones en el régimen de reparaciones y configuración de justas causas para la terminación del contrato.

La destinación de inmuebles con vocación comercial e incluso habitacional, implica para el intermediario un ejercicio riguroso de indagación previa, que genere certeza del uso o destinación que se dará al bien, pues tal proceder permite prever muchas de las diferencias que se presentan entre arrendador y arrendatario en cuanto a limitantes para el desarrollo de ciertas actividades, que pueden llegar a afectar las condiciones estructurales y locativas del inmueble.

- La *obligación de conservación de la cosa objeto del contrato*, está estrechamente ligada al régimen de reparaciones del bien arrendado y mantener la cosa en estado de servir. Las prescripciones legales sobre esta materia deben interpretarse y aplicarse según el caso, pues las situaciones que inspiraron el Código Civil difieren de las controversias que actualmente se presentan en el arrendamiento de inmuebles. Así por ejemplo, el artículo 1998 del Código Civil prescribe que *se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios (...)*, lo cual antes que dar claridad sobre el tema genera inquietudes acerca de cuáles serían dichas costumbres, si necesariamente deben imponerse en todo el territorio nacional, o si hay lugar a la aplicación de costumbres locales y cuál sería el órgano competente para determinar que una determinada costumbre entraña fuerza de ley entre sus practicantes.

No obstante la expresa remisión a la costumbre como factor orientador en esta materia, los artículos 2029 y 2030 del mismo Estatuto Civil, fijan reglas aplicables al arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios, enunciando eventos en los cuales los arrendatarios deben proceder con las reparaciones, haciendo referencia a elementos materiales que difícilmente pueden ubicarse hoy en día, como sería el caso de pozos, acequias, cañerías, chimeneas, etc., es decir, prescripciones que deben interpretarse y adaptarse a las actuales condiciones de los inmuebles.

A pesar de esto, el artículo 1997 del Código Civil establece como obligación del arrendatario emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, máxime cuando la entrega del inmueble al inicio del contrato puede estar precedida de un inventario que describe las condiciones físicas del inmueble.

- La obligación de *pago del precio, renta o canon de arrendamiento*, constituye la principal prestación a cargo del arrendatario, la cual debe ejecutarse dentro de los términos de periodicidad que las partes han convenido, pues de lo contrario puede generarse un incumplimiento por mora en el pago. Sin embargo, existen algunos eventos en los cuales, el arrendatario puede estar exento del pago o

beneficiarse de descuentos cuando el arrendatario se ve compelido a atender reparaciones que jurídicamente estarían a cargo del arrendador.

- *La obligación de restituir la cosa al fin del arrendamiento*, implica restituirlo en el mismo estado en que se entregó al inicio del contrato, reparar los daños y pérdidas que sean imputables al arrendatario, entregarlo completamente desocupada y con las llaves si las tuviere, además de acreditar que no quedan obligaciones a su cargo que afecten el inmueble, como podrían ser deudas por consumo de servicios públicos.

Sección Cuarta

LOS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

1. La intermediación mercantil. Es una institución jurídica de común aplicación y aceptación en el mundo de los negocios y de allí que la Corte Suprema de Justicia manifestará que “*todo acto de carácter patrimonial puede ser realizado a través de representante* (Gaceta Judicial, 17 de abril de 1941, tomo 51 p.197)”²⁴.

En la doctrina nacional *José Armando Bonivento Jiménez*, antes que definir en qué consiste esta institución, plantea lo siguiente:

La imposibilidad física o jurídica del sujeto, la mayor idoneidad del intermediario, el mero capricho del interesado y otras circunstancias propias del desenvolvimiento de las relaciones en el mundo del derecho, han exigido al ordenamiento jurídico el establecimiento y reglamentación de mecanismos que permitan la sustitución de una personas por otra en la celebración de un negocio jurídico, o en la manifestación o recepción de declaraciones de voluntad en general²⁵.

Por su parte *Fernando Hinestrosa*, no utiliza el término *intermediación* y recurre a la expresión *representación*.

En las relaciones de representación, ante todo en las propias del apoderamiento, como también en las derivadas del negocio que da lugar aquel, y, por supuesto, en las resultantes de la actividad representativa, entra un sujeto extraño, distinto de aquellos que constituyen el núcleo propio de la representación: representante y representado. Es la persona con quien contrata el agente o a quien va dirigida la disposición unilateral. Se habla entonces de tercero; tercero contratante o

²⁴ Colombia. Ministerio de Justicia. Superintendencia de Industria y Comercio. Código Civil. Op. cit., p.763.

²⁵ Bonivento Op. Cit., p.1.

destinatario de la gestión, que es entre aquellos, y cuyo interés está presente y ha de ser tenido en cuenta y, en su caso, tutelado.

Por tercero, para los fines y efectos de la representación, ha de entenderse a la persona del todo extraña a la relación entre representante y representado, con quien aquel celebra el acto representativo.²⁶

En la doctrina extranjera se destaca el concepto del profesor *GARRIGUES*, quien afirma al respecto:

[Se trata de una] institución jurídica en virtud de la cual una personas, llamada representante, realiza un acto o negocio jurídico en nombre y en interés de otra, llamada representado, de tal modo que el acto o negocio se considera como realizado directamente por éste, radicándose inmediatamente en su cabeza los efectos nacidos del mismo, sin afectar para nada, la órbita patrimonial del representante.²⁷

De acuerdo con lo dicho, la intermediación mercantil surge a partir de aspectos como la imposibilidad física para atender personalmente negocios cuya celebración, perfeccionamiento y ejecución, pueden darse en cualquier parte del mundo y en lapsos de tiempo reducidos, que impiden la presencia física del sujeto que contrata. Igualmente, existen razones de tipo jurídico que llevan o conducen a la intermediación, además de la necesidad de buscar sujetos idóneos, calificados y profesionales que garanticen una buena praxis en el desarrollo de la labor encomendada.

Un referente histórico en materia de representación es la figura del *nuncio* que puede considerarse como la génesis de la intermediación o representación mercantil, ya que esta persona era delegada para servir como puente comunicante en la celebración de un determinado negocio. La importancia de este sujeto no estaba dada precisamente por sus facultades para tomar decisiones en cuanto a la celebración del contrato, como si por su necesaria intervención para garantizar la comunicación de las expectativas y propósitos de quienes se obligaban contractualmente.

Con el desarrollo de las relaciones comerciales y tecnológicas, la representación como institución jurídica alcanzó trascendencia y la participación de los sustitutos no se limitó a servir como simple medio de transmisión de la voluntad, pues actualmente se otorgan facultades para fijar las condiciones negociales. Esta

²⁶ Fernando Hinestrosa. La Representación. Colombia : Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 27.

²⁷ Joaquín Garrigues. Curso de Derecho Mercantil. 6ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1977, Tomo 2, pág. 344. Citado por: BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. Santafé de Bogotá : Ediciones Librería del Profesional, 1999. p. 5.

situación dio lugar a tres modalidades de representación: (i) el **contrato a favor de un tercero** (artículo 1506 del Código Civil) el cual se caracteriza por la *“distribución de efectos entre quien celebró el negocio y el interesado en su celebración”*²⁸; (ii) la **representación indirecta o impropia**, en la cual los efectos del negocio celebrado *“se radican exclusivamente en cabeza de quien fue parte en él”*²⁹ y se transfieren al interesado normalmente por una cesión y (iii) la **representación propiamente tal o representación directa** en la cual los efectos del negocio jurídico se radican *“directa y exclusivamente en relación con el interesado en nombre del cual se celebró”*³⁰. Más adelante abordaremos con mayor precisión esta clasificación.

La representación como figura jurídica tiene consagración legal en los artículos 1505, 1506, 1507 del Código Civil y una clara relación con los contratos de mandato civil (artículo 2142 y s.s. Código Civil); mandato comercial (artículo 1262 y s.s. C. de Comercio); comisión (artículo 1287 y s.s. C de Comercio); agencia comercial (artículo 1317 y s.s. C de Comercio); preposición (artículo 1332 y s.s. Código de Comercio) y corretaje (artículo 1340 y s.s. C. de Comercio). La ubicación en alguno de los anteriores contratos, de los servicios que prestan las agencias de arrendamiento, es uno de los objetivos centrales de este trabajo, pues en la medida en que se logre identificar un marco normativo, se podrá hacer un análisis de cómo se aplican las instituciones de la responsabilidad civil en la intermediación inmobiliaria.

2. La intermediación inmobiliaria. Debido a la preponderancia social y económica de los bienes inmuebles, se ha venido consolidando la figura de los agentes inmobiliarios como sujetos dedicados a la intermediación de negocios comerciales relacionados con este tipo de bienes. Incluso este nivel de especialización ha dado paso a la conformación de empresas exclusivamente dedicadas a los negocios inmobiliarios bajo diferentes figuras de intermediación.

En este sentido la operación comercial de las conocidas en nuestro medio como agencias de arrendamiento se desarrolla en el marco de la intermediación, pues son los propietarios de bienes inmuebles, quienes se acercan a este tipo de empresas especializadas buscando la celebración de contratos de arrendamiento, que permitan la generación de renta en condiciones estables y de poco riesgo.

La intervención en los contratos de arrendamiento por parte de agentes intermediarios, bien se trate de personas naturales o compañías inmobiliarias, se da a través de la prestación de múltiples servicios entre los cuales es común encontrar los siguientes:

²⁸ Bonivento, Op. cit., p. 2.

²⁹ *Ibíd.*, p. 3.

³⁰ *Ibíd.*, p. 3.

- Ubicación de potenciales clientes interesados en ocupar inmuebles disponibles para ser entregados en arrendamiento.
- Estudio de las condiciones comerciales y económicas, de quienes están interesados en celebrar contratos de arrendamiento sobre los inmuebles disponibles.
- Recopilación de algunos documentos que habitualmente se exigen a quienes han de ostentar la calidad de arrendatario o deudores solidarios.
- Elaboración de minuta o modelo de contrato de arrendamiento, al igual que de documentos anexos, como sería el caso de inventario sobre el estado de las condiciones locativas en las cuales se hace entrega del inmueble.
- Asesoría en aspectos como la duración del contrato, valor del canon, tipo de incremento o reajuste aplicable en el arrendamiento de inmuebles de naturaleza comercial, etc.

Cuando se trata de empresas dedicadas profesional y habitualmente a la intermediación inmobiliaria, la prestación del servicio suele ser más amplia, pues además de lo ya mencionado pueden encontrarse los siguientes servicios:

- Que el intermediario asuma la calidad de arrendador y por tanto defina las condiciones y aspectos bajo los cuales ha de celebrarse el contrato de arrendamiento, obligándose a trasladar una determinada suma de dinero al propietario, en razón de la renta generada por el inmueble, previa deducción de una comisión por dicha labor.
- Ayudar a definir las condiciones y aspectos bajo los cuales ha de celebrarse y ejecutarse el contrato de arrendamiento, conservando el propietario la calidad de arrendador y que el intermediario se encargue por ejemplo de cobrar oportunamente el canon, atender los requerimientos de mantenimiento, etc.

El anterior escenario de posibles servicios que prestan los intermediarios, implica emprender el siguiente recorrido:

Primero, repasar la institución de *LA REPRESENTACIÓN* y sus diferentes expresiones, pues en algunos contratos de intermediación la actuación del intermediario puede darse con o sin representación, y de allí desprenderse especiales efectos o consecuencias para la responsabilidad civil contractual.

Segundo, repasar la estructura del contrato de mandato, (civil y comercial), ya que de acuerdo con Bonivento Jiménez³¹ en algún momento histórico la doctrina le confundió con la representación, aunque finalmente se arribó a la conclusión unánime de que se trata de dos figuras conexas pero diferentes entre sí. Igualmente, haremos referencia a los contratos de comisión y corretaje, ya que se trata de manifestaciones de la intermediación muy socorridas para la celebración de contratos de arrendamiento.

Tercero, ubicar dentro del contexto de la representación y del contrato de mandato, la participación de los sujetos intermediarios en la celebración de contratos de arrendamiento, pues no existe un tipo contractual autónomo a partir del cual podamos delimitar el marco de obligaciones básicas y aplicables a quienes intermedian en la celebración de contratos de arrendamiento.

3. La Representación - Consideraciones Generales. Tanto en materia civil (artículo 1505* Código Civil) como comercial (artículo 832** Código de Comercio), se han consagrado disposiciones que facultan la celebración de negocios jurídicos en los cuales una persona sustituye la presencia de otra, en la manifestación o recepción de las declaraciones de voluntad necesarias para la configuración de un acto generador de obligaciones.

La complejidad de ciertas operaciones de comercio implica la participación de sujetos intermediarios o representantes, cuya actuación no solo está motivada por imposibilidades físicas y jurídicas de los sujetos interesados en el acto o negocio jurídico, sino, por la necesidad de intermediarios idóneos y calificados, que garanticen aceptables resultados en la celebración de ciertas operaciones de comercio.

Dentro de las distintas expresiones jurídicas de la representación encontramos aquella en virtud de la cual, un sujeto limita su intervención a servir de puente comunicante para transmitir una determinada manifestación de voluntad. En este caso, el análisis de la capacidad jurídica para actuar se predica no del sujeto que colabora en la operación, sino de aquel que delegó su intervención física y que asume las consecuencias de las posibles deficiencias derivadas del medio utilizado para la celebración del acto, pero siempre que estas no fueren de conocimiento de las partes. Esta hipótesis siguiendo a *Bonivento Jiménez*³² corresponde a la figura que históricamente ha sido definida como *nuntius* (nuncio).

³¹ *Ibíd.*, p. 7.

* *“lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado el mismo”.*

** *“cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos”.*

³² *Ibíd.*, p.1-2.

En la anterior modalidad hay coincidencia o identidad entre los sujetos que finalmente quedan vinculados al contrato celebrado. Sin embargo, existen otras modalidades en virtud de las cuales un sujeto puede asumir, directamente o no, los efectos del negocio jurídico celebrado por otros. Se trata de tres hipótesis, **la primera** denominada contrato a favor de un tercero; **la segunda**, la representación indirecta (o impropia) y en **tercer lugar**, la representación directa o propiamente tal.

3.1 El *contrato o estipulación en favor de un tercero* (Art. 1506 Código Civil). Esta modalidad tiene lugar “cuando uno de los contratantes (*promitente*) se obliga a realizar una prestación a persona distinta del otro contratante (*estipulante*), de manera que otra persona (*beneficiario*) se convierta en acreedora por el solo hecho de quererlo así el estipulante y el promitente”³³. Así las cosas, podemos afirmar que solo hay estipulación en favor de un tercero, cuando este último se convierte en acreedor de la prestación debida.

Esta modalidad cobra vigencia práctica cuando el tercero en favor de quien se estipulo se beneficia de las consecuencias del acto, mediante su **consentimiento expreso o tácito** y posterior a la celebración del contrato*, siempre que no haya tenido lugar la revocación del contrato por la voluntad de las partes que intervinieron en su celebración.

Es pertinente aclarar que los efectos jurídicos del negocio celebrado se radican inicialmente entre quienes fueron parte, pero pueden extenderse a terceras personas en virtud de su aceptación como quedo dicho, lo cual además constituye de cierta forma una excepción al principio del efecto relativo de los contratos (Art. 1602 Código Civil).

De acuerdo con *Valencia Zea y Ortiz Monsalve*³⁴, entre los efectos de esta institución podemos señalar los siguientes:

- El tercero beneficiario adquiere el crédito del promitente y no del estipulante.
- La mínima condición para que el tercero beneficiario tenga derecho a exigir su prestación, es la celebración del contrato entre el promitente y el estipulante.
- No es necesario que el tercero beneficiario tenga capacidad de ejercicio. Es suficiente con que tenga capacidad de goce y de allí que sea perfectamente válido estipular a favor de incapaces.

³³ Valencia Zea y Ortiz Monsalve, Op. cit., p.133.

* “La estipulación para un tercero autorizada por el artículo 1506 del C.C., no exige para su validez el consentimiento de la persona para quien se estipula, manifestado en el mismo contrato. Tal consentimiento ha de ser posterior al contrato, y puede ser tácito” (Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 14 de diciembre de 1985. Gaceta Judicial, tomo XI, página 244.

³⁴ Ibíd., p. 139-140.

- No obstante que es el tercero beneficiario quien adquiere el derecho o acreencia, el estipulante conserva la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación por su condición de contratante, además de interponer si fuera necesario la acción de resolución cuando tenga lugar una prestación que no satisfaga al tercero.

Finalmente autores como *Tafur González*³⁵, al comentar el artículo 1506 afirman que a través de esta modalidad, se da lugar a un derecho directo en provecho de un tercero.

3.2 La *representación indirecta o impropia*. En esta modalidad de representación también conocida como *representación mediata o interposición gestoría*, intervienen desde el punto de vista de la estructura del negocio jurídico dos sujetos, que son los destinatarios de las obligaciones derivadas de sus manifestaciones de voluntad, como normalmente acontecer en las relaciones contractuales (artículo 1494 C. Civil). Es decir, las declaraciones de voluntad se hacen en nombre propio y los efectos se radican en cabeza de los intervinientes, sin que de principio se generen efectos sobre el patrimonio del representado.

Esta modalidad corresponde al **mandato sin representación** y para que el representante indirecto pueda transferir al representado indirecto los efectos derivados del contrato, debe acudir a un *nuevo acto o negocio jurídico*. Esta modalidad de la representación de acuerdo con *Bonivento Jiménez*³⁶ presupone un vínculo o relación jurídica interna entre una de las personas que celebra el contrato, y la persona finalmente interesada en los efectos del acto jurídico.

Sin embargo, autores como *Juan Pablo Cárdenas Mejía*³⁷, advierten que la llamada representación indirecta no se compadece con la definición de representación que brinda el artículo 1505* del Código Civil, y en consecuencia, aquellas actuaciones que se surten por cuenta de quien no está presente en el acto o negocio jurídico, no deben ser tratadas como manifestaciones de esta institución. Esta posición es aceptada igualmente por nuestra Corte Suprema de Justicia*, al concebir la

³⁵ Álvaro Tafur González. Código Civil Anotado. Bogotá : Leyer, 2009. p. 392.

³⁶ Bonivento, Op. cit., p. 3.

³⁷ Juan Pablo Cárdenas Mejía. La Representación y el Mandato. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado. Colombia : Legis, 2007. p.511-555.

* Artículo 1505. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

* (...) "tiene dicho la Corte, que el carácter del mandato no representativo estriba en que, interiormente, entre mandante y mandatario existe por hipótesis un contrato de mandato civil o mercantil llamado a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación -se repite-no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en el de su mandante. Por lo tanto, forzoso es diferenciar la relación entre aquél y los terceros, de un lado, y del otro la relación entre el mandante y el mismo mandatario que fungió como gestor de sus intereses; no existe, pues, vínculo directo del mandante y los terceros

representación desde una postura estricta y restringida de la figura, que solo da lugar a la llamada representación directa.

3.3 La *representación directa o propiamente tal*. En este caso el negocio jurídico es celebrado por un sujeto (el representante) que actúa en nombre de una tercera persona (el representado), situación que es claramente conocida por el otro sujeto con el cual se celebra el contrato. Esta expresión de la representación conduce a la celebración de un negocio jurídico cuyos efectos se radican en la persona del representado, quien asume las diferentes consecuencias que entraña el acuerdo de voluntades que se celebra en su nombre, es decir, que desde el punto de vista del artículo 1602 del Código Civil el contrato es una ley para este último. Así lo explica el tratadista Fernando Hinestrosa:

El representante tiene el deber (carga u obligación según el caso) de hacer presente que no obra para sí y por cuenta propia, sino que obra por cuenta ajena y, primordialmente, el declarar el nombre de la persona por y para quien obra, y a la que así, naturalmente, irán a parar los efectos de su actuación (negocio o acto)³⁸

3.4 El Mandato Mercantil - Consideraciones Generales. El mandato como modalidad contractual tiene consagración en el Código Civil (artículos 2142 a 2199) y en el Código de Comercio (Artículo 1262 a 1286). En este caso nos centraremos en el Código de Comercio y concretamente en los contratos de comisión y corretaje, pues se trata de derivaciones del contrato de mandato, que se caracterizan por la condición de profesionales que deben tener los comisionistas y corredores inmobiliarios, según lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia*.

En el contrato de mandato comercial una persona se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, gestión que a su vez puede estar

como sí se presenta en el mandato común, lo que en materia de obligaciones lleva a sostener que, en tesis general, tratándose del mandato no representativo no hay un deber, espontáneo e inmediato, de prestación a favor del tercero contra el mandante o viceversa, postulado este cuya razón de ser se halla en que, dadas las particulares características de esta forma de contratación, los terceros y el propio mandante la usan porque abrigan confianza en el proceder del mandatario en cuanto hace con el cumplimiento de su cometido y por eso, enseñan autorizados expositores, lo hacen funcionar como una especie de ‘órgano conmutador’ en el sentido de que siendo dueño del negocio, en él está la titularidad de derechos y obligaciones, pero obviamente los riesgos que a éstas son inherentes y por cuanto desde un punto de vista preponderantemente económico ellas van a redundar en provecho del mandante, tendrán que gravitar –dichos riesgos- sobre el patrimonio de este último y no sobre el que quien fuera su mandatario (...)” (Casación del 11 de octubre de 1991). Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: MUNAR CADENA, Pedro Octavio. Expediente No. 00645, 17 de abril de 2007.

³⁸ Hinestrosa, Op. cit., p.133.

* Al respecto puede revisarse en la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Radicado No. 11001-3103-013-2001-00900-01.

acompañada o no de la representación del mandante. Se evidencia una relación entre el mandato como modalidad contractual y la representación. Autores como *Valencia Zea* según *Bonivento Jiménez*³⁹ afirman que no es posible concebir el mandato sin la representación, posición que obedece a una concepción amplia (que comprende la representación directa e indirecta), pero que está en contra de la tendencia mayoritaria, que limita el concepto de mandato a aquella modalidad que definíamos como directa o propiamente tal, y deja por fuera la hipótesis de la representación indirecta, a la cual se le brinda espacio en el mandato sin representación.

Así las cosas, cuando el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante, las obligaciones surgidas del acto o negocio jurídico se radican en cabeza de este último, evento en el cual se generan las consecuencias naturales de la representación directa. De otra parte, cuando el mandatario actúa en nombre propio y por cuenta del mandante, los efectos del negocio jurídico se radican en el mandatario y el mandante permanece anónimo e independiente ante terceros que puedan estar vinculados al contrato (mandato sin representación). En esta última hipótesis el mandante tendrá a salvo su derecho de accionar contra el mandatario, para que le transmita los efectos del contrato celebrado y cuyo beneficiario real es el mismo.

Obligaciones que surgen del contrato de mandato. El Código Comercio en un intento por sistematizar de forma precisa el marco de obligaciones del contrato de mandato, reservó un capítulo titulado *Derechos y Obligaciones del Mandatario y del Mandante**. Estas normas tienen carácter supletivo porque las partes pueden determinar a qué se obliga cada una de ellas.

- *Obligaciones del Mandatario.* La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación, resolviendo un asunto de responsabilidad contractual derivado de un mandato para el arrendamiento de inmuebles, conceptuó lo siguiente:

El mandatario se obliga primordialmente a cumplir la gestión encomendada, con la realización de los actos o negocios señalados por el mandante, labor en la cual debe ceñirse a sus instrucciones, contando en todo caso con la facultad para ejecutar los actos...”que sean necesarios para su cumplimiento” – art. 1263 ibídem, es decir, los que de acuerdo a la naturaleza del encargo, resulten accesorios o complementarios del mismo.

En el desarrollo de su actividad debe proceder con la diligencia de un buen padre de familia, pues el artículo 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la culpa leve, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración (...)

³⁹ Bonivento, Op. cit., p.35.

* Código de Comercio, Título XIII, artículos 1262 a 1278.

Como consecuencia de la previsión legal mencionada, el mandatario debe ejecutar el encargo procurando en todo momento favorecer los intereses del mandante, lograr el mayor provecho con el menor costo, razón por la que debe disponer todas las providencias que habría adoptado aquel, de haberse encargado directa y personalmente de ejecutar la gestión.⁴⁰

El mandatario deberá entonces ajustar su conducta a celebrar o ejecutar el acto de comercio encomendado, aplicando para tales efectos todo aquello que sea necesario, pero sin exceder los límites del mandato, es decir, la actuación ha de circunscribirse al objeto del mandato.

A pesar de las precisas instrucciones que pueda tener el mandatario para cumplir con sus obligaciones, el legislador, previendo la ocurrencia de factores extraños y desconocidos al momento de la celebración del contrato, faculta al mandatario para separarse de las instrucciones iniciales y actuar en procura de conseguir el resultado esperado, según lo facultan los artículos 1266 y 1267 del Código de Comercio. El mandatario deberá considerar bajo tales circunstancias tres aspectos, el *primero* de ellos, relacionado con que verdaderamente se trate de circunstancias desconocidas; en *segundo* lugar, que no exista posibilidad de comunicación inmediata con el mandante y en *tercer* lugar, que de haber sido conocida por el mandante, éste habría dado la aprobación.

Los límites del negocio jurídico encomendado constituyen un elemento esencial del contrato de mandato, y tal afirmación encuentra sustento en el artículo 1267 del Código Comercio, pues ante la ocurrencia de casos no previstos por el mandante, el mandatario deberá suspender la ejecución del encargo, hasta poder consultar con aquel, a menos que se consolide alguna de las siguientes excepciones: la **primera**, referente a que se trate de un mandato amplio que faculte al mandatario actuar a su arbitrio para conseguir el fin perseguido, advirtiendo que en todo caso el objeto encomendado impone límites que se sobreponen a la amplitud que pueda recoger el mandato; y la **segunda**, que se trate de una situación extrema que no permita suspender la ejecución.

Lo dicho constituye el marco general de obligaciones del mandatario, de donde se desprenden una serie de obligaciones accesorias tal y como acontece con los eventos de extralimitación en el mandato, los informes de cuentas y de ejecución, etc.

En cuanto a *la responsabilidad civil del mandatario*, el Código de Comercio no establece un régimen especial de responsabilidad aplicable al mandatario, razón por la cual, debe recurrirse a la norma civil y concretamente a lo normado por el

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente RAMIREZ GOMEZ, José Fernando. Referencia: Expediente No. 4821, 24 de agosto de 1998.

artículo 2155 que prescribe para el mandatario una responsabilidad hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. En este sentido *Bonivento Jiménez*⁴¹ afirma que la norma en estudio da lugar a una sub clasificación, pues se predica la existencia de una culpa leve más estricta cuando el mandato genera algún tipo de remuneración para el mandatario; al igual que consagra una culpa leve aminorada o de menor entidad, cuando el mandatario actúa en virtud de una aceptación motivada por factores externos como podría ser el temor reverencial.

Si bien es cierto el artículo 822 del Código de Comercio*, permite dar aplicación al artículo 2155 del Código Civil**, doctrinantes como *Bonivento Jiménez*⁴² no lo consideran viable, pues se trata de un *principio excepcional y de naturaleza sui generis*, siendo más aconsejable apartarse de la interpretación literal de la norma civil y simplemente hacer una tasación de la responsabilidad del mandatario en términos de la culpa leve.

La Corte Suprema de Justicia se refiere así al tema:

La administración de todo patrimonio por un mandatario, ha precisado la corporación, "...supone la actividad sostenida de su parte encaminada a llenar el fin propio de aquella, cual es, no de mera custodia y conservación, sino el de producir la explotación económica de los bienes. El mandatario en ese caso hace o debe hacer las veces del dueño. Y así como el dueño intenta perseguir con su esfuerzo la mayor utilidad o beneficio, porque eso es lo que explica la posesión de las cosas lucrativas, de la misma manera el mandatario administrador está obligado, en desarrollo del vínculo contractual que lo une al mandante, a mantener vigente la diligencia y cuidados del dueño, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que como se sabe es un contrato intuitu personae. Por eso la ley hace responsable al mandatario hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo (art. 2.155 del C.C), esto es, que debe velar como velaría un buen padre de familia sobre el patrimonio suyo y el de sus hijos, responsabilidad que se hace más exigente en el mandato remunerado (G. J. T. XLV, pág.462).⁴³

⁴¹ *Ibíd.*, p.57.

* Artículo 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

** Artículo 2155. El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.

⁴² *Ibíd.*, p.58.

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente RAMIREZ GOMEZ, José Fernando. Referencia: Expediente No. 4821, 24 de agosto de 1998.

- *Obligaciones del Mandante.* El mandante tendrá a su cargo la obligación principal de remunerar la labor encomendada, salvo aquellos eventos excepcionales de rebajas en la remuneración cuando existe prueba de la desproporción con el encargo, terminación del mandato antes de la ejecución de lo encomendado y finalmente, cuando la remuneración que habitualmente se aplica para los servicios prestados por el mandatario es menor.

La Codificación Civil nuevamente se torna en herramienta de aplicación subsidiaria en esta materia, pues el artículo 2184 establece las obligaciones del mandante así:

- 1) *A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;*
- 2) *A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;*
- 3) *A pagarle la remuneración estipulada o usual;*
- 4) *A pagarle los anticipos de dinero con los intereses corrientes;*
- 5) *A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato.*

De acuerdo con lo dicho sobre el contrato de mandato, podría encuadrarse la actividad de los intermediarios dedicados a la celebración de contratos de arrendamiento en este tipo contractual. Sin embargo, tal conclusión no comprende la totalidad de actos y situaciones comerciales que desarrollan las compañías de intermediación inmobiliaria, razón por la cual, hemos de tener en cuenta que el Código de Comercio desarrolla una modalidad de mandato más especializada, caracterizada por la intervención de un sujeto profesional en la celebración y ejecución de los negocios encomendados, y que se define como *contrato de comisión*.

3.5 El Contrato de Comisión. Este contrato está regulado a partir del artículo 1287 del Código de Comercio. De su definición podemos resaltar que se trata de un mandato sin representación, en el cual interviene un mandatario investido de calidades profesionales en una determinada área del comercio y que técnicamente recibe el nombre de comisionista. En otro extremo de la relación encontramos un mandante conocido como comitente.

Algún sector de la doctrina predica la posibilidad de un contrato de comisión con representación. Sin embargo, consideramos que no es necesario entrar en esta discusión, por cuanto el artículo 1287 del Código de Comercio, establece expresamente que se trata de una especie de mandato en nombre propio, pero por cuenta ajena, es decir, no deja espacio para interpretaciones o aplicaciones diferentes.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular lo siguiente:

El mandato conferido a un comisionista, por definición no es representativo. Sobre esto ha dicho la Corte que "cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrata, el titular de los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener al mandante como parte del pacto, puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en éste es realmente parte. (...)⁴⁴

- *Obligaciones del comisionista.* Al igual que ocurre con el mandatario, el comisionista tiene como principal obligación el cumplimiento del negocio encomendado, dentro de los límites o directrices impartidas. Igualmente, el comisionista también tiene a su cargo obligaciones relativas a informar sobre el estado y condiciones bajo las cuales se lleva a cabo el negocio encomendado.

Se destaca por norma general la prohibición de delegar la ejecución del negocio, pues se trata de una modalidad contractual que se celebra en atención a las calidades y condiciones del agente comisionista, quien debe ser un sujeto profesional en una determinada área de negocios. Sin embargo, la misma norma regula como excepción la posibilidad de una delegación cuando las partes lo acuerdan (artículo 1291 Código de Comercio).

Adicionalmente, existe para el comisionista la obligación de conservar las cosas dadas en comisión y del artículo 1292 del Código de Comercio pareciera desprenderse una responsabilidad objetiva por las pérdidas que sufran los bienes entregados como consecuencia del contrato. No obstante, el artículo 1294 del mismo Estatuto Comercial, consagra el caso fortuito y los vicios inherentes a las cosas dadas en comisión, como causales eximentes de responsabilidad que puede invocar válidamente el comisionista. El legislador ha prescrito además, una carga adicional para el comisionista, aplicable cuando se produce la pérdida de la cosa, y que consiste en hacer constar ante la autoridad policiva el deterioro o pérdida, además de notificar el hecho sin demora alguna al comitente.

La anterior obligación como se verá más adelante, está estrechamente relacionada con la actividad de intermediación, pues muchas de las relaciones contractuales entre las agencias de arrendamiento y quienes buscan sus servicios, suelen iniciar con la entrega o consignación del inmueble al intermediario, quien de esta forma inicia el proceso de ubicación de potenciales arrendatarios, sin que por ejemplo, exista claridad sobre quién se hace

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Número de proceso 6735, del 8 de febrero de 2002.

responsable por la conservación y cuidado del bien mientras permanece desocupado.

- *Obligaciones del comitente.* Las obligaciones del comitente siguen por regla general aquellas previstas para el mandante, y que básicamente son dos: “*pagar la remuneración y procurar que el comitente no sufra perjuicios derivados de la ejecución del mandato*”⁴⁵.

En esta modalidad contractual la remuneración se denomina *comisión*, término acogido mayoritariamente por los intermediarios dedicados a la celebración de contratos de arrendamiento y que se tasa como un porcentaje del valor del canon del negocio encomendado. En el caso de los contratos de arrendamiento, la comisión obedece a un porcentaje del valor del canon de arrendamiento mensual, que puede variar de acuerdo con el nivel de incidencia, servicios prestados y participación del agente intermediario. Frente al monto de la comisión aplicable en estos casos no existe norma legal, ni costumbre comercial reconocida por la Cámara de Comercio de Medellín, que permita determinar el porcentaje o monto que se cobra por el servicio de arrendar un inmueble y administrarlo.

Finalmente y dentro de las modalidades o tipos de contratos de intermediación que regula nuestro Código de Comercio, se hace necesario referirnos al *contrato de corretaje*, pues al igual que el mandato y la comisión, está estrechamente ligado con las actividades que desarrollan las agencias de arrendamiento que participan en el mercado local.

3.6 El contrato de corretaje. Es un contrato en virtud del cual un sujeto denominado corredor, quien ostenta especiales conocimientos en una determinada área de comercio, pone en contacto a personas que necesitan contratar y que por múltiples razones pueden tener dificultades para reunirse.

El Código de Comercio (artículo 1340) de acuerdo con *Marcela Castro De Cifuentes* “no define la figura contractual”⁴⁶. Sin embargo, de dicha norma podemos extraer los siguientes elementos de análisis:

- Existencia de un sujeto que se le denomina técnicamente corredor, que actúa como intermediario y tiene un especial conocimiento de los mercados.
- La tarea de este intermediario es poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 125.

⁴⁶ Marcela Castro De Cifuentes. *El Corretaje*. En: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Colombia : Legis, 2007. p. 561.

- El corredor no está vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

Los demás elementos estructurales del tipo contractual, se abordaran en el segundo capítulo en relación con casos concretos en los cuales intervienen los agentes intermediarios en la celebración de contratos de arrendamiento.

Finalmente y por la actualidad que encierra el más reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, transcribimos un aparte muy ilustrativo sobre la naturaleza y objeto del contrato de corretaje:

Así, la actividad de dicho intermediario se reduce, exclusivamente, a facilitar el encuentro de dos o más sujetos que tienen la voluntad de contratar; esto viene a indicar que en desarrollo de tal labor el corredor obra como un puente conductor o, si se quiere, como un vaso comunicante entre quien tiene la intención de ofrecer un bien o prestar un servicio, y aquél que desea hacerse a él.

Acontece que el corredor facilita la complementación de las economías de los contratantes, porque su conocimiento le permite saber de las necesidades comunes y esa es, precisamente, la importancia de su gestión en el desarrollo del negocio, misma que no puede detener una vez ha desatado la iniciativa, pues el acuerdo de voluntades ya no depende de su actividad, sino de los deseos y expectativas de los contratantes.

Por lo mismo, no se puede cargar al corredor con obligaciones ajenas al contacto, como la de mantenerse en vigilia para la realización efectiva del mismo, pues su función es puramente genética, por lo que se descarta que deba alimentar con denuedo el proceso de convicción de los contratantes sobre las bondades de la celebración del acto⁴⁷.

Y continuando con esta misma línea jurisprudencial, el más reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia en materia de corretaje expreso lo siguiente:

(...) en el corretaje, la labor del intermediario se agota con el simple hecho material de acercar a los interesados en la negociación, sin ningún requisito adicional. Y el corredor adquiere el derecho a la remuneración cuando los terceros concluyen el contrato y entre éste y el acercamiento propiciado por el corredor, existe una relación necesaria de causa a efecto.⁴⁸

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Radicado No. 11001-3103-013-2001-00900-01. 09/02/2011.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado No.11001-31-03-034-2004-00193-01. 12/12/2014.

La revisión teórica de las instituciones que hemos abordado en este primer capítulo es necesaria para cumplir con los objetivos que nos hemos trazado en esta investigación. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han decantado con suficiencia el significado y los límites de la responsabilidad civil (aquilina y contractual), el contrato de arrendamiento y los contratos de intermediación que sirven de base a muchas de las operaciones comerciales que habitualmente emprenden los agentes inmobiliarios.

Sin embargo, son pocas las referencias y estudios en los cuales se plantea la relación que existe entre la intermediación inmobiliaria y la responsabilidad civil, razón por la cual, este capítulo constituye la base para el desarrollo, comprensión y análisis de los casos prácticos que más adelante expondremos.

Capítulo II

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO INMOBILIARIO

PRESENTACIÓN. Un análisis de la estructura de la responsabilidad civil contractual implica tener como referencia la existencia de (i) un **contrato válido**; (ii), **la delimitación de las obligaciones en él contenidas**; (iii) **la mora** en el cumplimiento de dichas obligaciones, (iv) que dicho **incumplimiento sea imputable al deudor**; (v) la existencia de **perjuicios** y (vi) un **nexo o relación de causalidad** entre el incumplimiento imputable al deudor y el daño padecido por el acreedor.

El anterior esquema lo desarrollaremos teniendo como referencia los contratos de intermediación a que hemos hecho mención y especialmente, como lo sugiere Vidal Olivares⁴⁹, a los intereses que las partes pretenden gestionar, regular y satisfacer al momento de contratar, pues la claridad en esta materia permite visualizar los eventos generadores de responsabilidad civil para el intermediario.

Sección Primera

LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO VALIDO

En cuanto al requisito de un contrato válido, no consideramos necesario ahondar, pues la doctrina y la jurisprudencia han decantado el tema a partir de la verificación de los requisitos de la existencia del contrato, es decir, la “voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico, y la forma solemne”, y en lo que respecta a los requisitos de validez, la verificación consiste en evaluar la “capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley”⁵⁰.

Sin embargo, es pertinente plantear algunas cuestiones específicas sobre la celebración de contratos de arrendamiento a través de agentes intermediarios y sobre el marco contractual dentro del cual actúan. Veamos:

La intermediación para la celebración de contratos de arrendamiento tiene dos frentes, el primero referido a la relación que surge entre el intermediario y la persona

⁴⁹ Álvaro Vidal Olivarez. La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. En: Incumplimiento Contractual, Resolución e Indemnización de Daños. Bogotá : Universidad del Rosario, 2010. p. 54.

⁵⁰ Guillermo Ospina Fernandez y Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 5.ed. Bogotá : Temis, 1998. p. 313.

que contrata sus servicios para que un inmueble (que puede o no ser de su propiedad) sea arrendado. El segundo, hace referencia a la relación que surge entre el intermediario y las personas que buscan o contratan sus servicios para ubicar un inmueble que se acomode a sus necesidades y hacerse arrendatarios de los mismos. En esta oportunidad desarrollaremos la primera relación jurídica.

El sujeto intermediario en la celebración de contratos de arrendamiento puede ser una persona natural, que ostente la calidad de comerciante dedicado profesionalmente a intermediar en la celebración de contratos, o tratarse de un intermediario libre, al cual podemos aplicar la opinión de *Messineo* citado por *Castro de Cifuentes* cuando dice que “el carácter de mediador lo puede asumir, *aun ocasionalmente, cualquiera*.”⁵¹.

Igualmente, la intermediación en la celebración de contratos de arrendamiento, puede darse a través de personas jurídicas, constituidas especialmente para desarrollar este tipo de actividades comerciales, caso en el cual se presume su calidad de sujetos profesionales en esta materia, siendo este el caso de las llamadas agencias de arrendamiento.

Así, cuando la labor del agente intermediario -persona natural o jurídica-, está encaminada a poner en contacto a la persona que ofrece un inmueble para ser entregado en arrendamiento y a quien está interesado en ser arrendatario del mismo, se estaría configurando un **contrato de corretaje**.

La relación de corretaje es quizás la modalidad de intermediación que menos riesgos genera desde el punto de vista de la responsabilidad civil para el agente intermediario, pues en términos de la Corte Suprema de Justicia, sus obligaciones son limitadas.

(...) la Corte recalcó esa doctrina, al advertir que “si bien la ley comercial, en su artículo 332 considera la correduría como una especie de mandato comercial, la noción que de la figura del corretaje da el artículo 65 de la misma ley, deja ver que la misión del corredor se reduce a poner en contacto a las partes (vendedor u comprador) para la celebración del negocio. De ellas emana la declaración de voluntad y no del intermediario, quien, por lo mismo, no actúa como mandatario en representación de quien le confirió el encargo (Sent. Cas. Lab. de 6 de abril de 1963, G.J. No. CII, pág. 417)⁵².

Y en el mismo sentido, resalta la Corte

Si bien el Código de Comercio al reglamentar la institución del mandato comercial, incluye la correduría como una especie de éste, según lo preceptúa en el numeral

⁵¹ Castro De Cifuentes, Op. cit., p.561.

⁵² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla. Radicado No. 11001-3103-013-2001-00900-01. 09/02/2011.

3º del artículo 332, es lo cierto que el corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario, como acertadamente ha dicho la Corte en Sala de Casación Civil, puesto que no realiza ningún acto jurídico por cuenta del comitente. Su intervención en las operaciones o negocios, está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes (Sent. Cas. Lab. de 21 de agosto de 1961, reiterada en Sent. Cas. Lab. de 3 de julio de 1972, GJ. CXLIII, pág. 488) ⁵³.

A pesar de lo dicho, en el mercado inmobiliario local existen algunas prácticas en virtud de las cuales, las agencias de arrendamiento, en desarrollo del contrato de corretaje, no se limitan a poner en contacto a los interesados para que celebren un determinado negocio, sino que además, se ejecutan una serie de actividades adicionales, que de alguna forma inciden en la voluntad de los contratantes, pues se emiten conceptos sobre el valor del canon; sobre las condiciones comerciales, crediticias y económicas del arrendatario; se redactan contratos; se sugieren cláusulas, etc. En los eventos en los cuales el corredor asume obligaciones adicionales a las típicas, es importante determinar el tipo de responsabilidad imputable cuando el intermediario incumple lo pactado.

Ahora bien, el intermediario también puede actuar en el marco del **contrato de mandato** con y sin representación. Así por ejemplo, en algunos casos las agencias de arrendamiento definen todos los elementos estructurales del contrato de arrendamiento, recaudan la renta, verifican el estado de la cosa, coordinan reparaciones, transmiten las condiciones para renovar e incrementar el canon, etc.; pero no actúan como arrendadores, pues esta calidad recae sobre el propietario del inmueble. Esta modalidad encaja en el **contrato de mandato con representación**, es decir, por cuenta del mandante y en nombre de este, pues los efectos del contrato de arrendamiento se radican entre quienes son partes del mismo y no en la esfera del intermediario. Adicionalmente, Fernando Hinestrosa⁵⁴, menciona que algunos doctrinantes llaman a este tipo de actividades desplegadas por el intermediario, como puramente materiales, distinguiendo por tanto entre *mandato de ejecución* y *mandato de representación*.

En este caso la responsabilidad imputable al intermediario, entiéndase agencia de arrendamiento, estaría circunscrita a los límites y condiciones del mandato otorgado, además de la responsabilidad profesional que eventualmente pueda aplicarse en caso de un incumplimiento de sus obligaciones.

En otras ocasiones el agente intermediario define los elementos estructurales del contrato de arrendamiento, asume la función de recaudar la renta, verificar el estado

⁵³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla. Radicado No. 11001-3103-013-2001-00900-01. 09/02/2011.

⁵⁴ Hinestrosa, Op. cit., p.65.

de la cosa, coordinar reparaciones, acordar la renovación e incremento del canon, (etc.), además de ostentar la calidad de arrendador. Este tipo de servicios pueden generar dos tipos o modalidades contractuales, la *primera* un **contrato mandato sin representación** por cuenta y en interés del mandante, pues el agente arrendador obra en su propio nombre y asume las consecuencias de su actuar, aunque posteriormente y por virtud del contrato celebrado con el mandante, pueda trasladar a este los efectos del negocio encomendado.

Una segunda modalidad más especializada desde el punto de vista comercial sería un **contrato de comisión**, el cual consideramos se acopla a las realidades del negocio inmobiliario, pues las agencias de arrendamiento ejercen el comercio de forma habitual, con ánimo de lucro y además, como profesionales en materia inmobiliaria y de propiedad raíz. Razón por la cual, quienes tienen un inmueble disponible para ser arrendado, encomiendan su arrendamiento a una persona dedicada profesionalmente a ello, para que actúen en nombre propio (sin representación), pero por cuenta ajena. La diferencia entre este contrato y el contrato de mandato sin representación, radica en la calidad de profesional y comerciante que tiene el comisionista en una determinada área de negocios.

De acuerdo con lo expuesto, los tipos contractuales a través de los cuales actúan los agentes de intermediación para la celebración de contratos de arrendamiento, pueden resumirse así: (i) **contrato de mandato con representación**, actuando en nombre y por cuenta del mandante; (ii) **contrato de mandato sin representación**, actuando por cuenta y en interés del mandante; (iii) **contrato de comisión** (sin representación, pero por cuenta ajena) y (iv) **contrato de corretaje**. Identificar las obligaciones o prestaciones que se generan de estos contratos para los intermediarios, permite abordar el estudio de la responsabilidad civil en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

Sección Segunda

DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN

Desde el punto de vista normativo, el artículo 1494 del Código Civil desarrolla las fuentes de las obligaciones, pero carece de una definición de obligación. Por tal razón, nos apoyamos en la definición que brinda el profesor *Fernando Hinestrosa* en su obra *Tratado de las Obligaciones*, cuando manifiesta que,

Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento⁵⁵.

A partir de la amplitud de la anterior definición, podemos indicar que las obligaciones son relaciones jurídicas, en virtud de las cuales un sujeto denominado acreedor, se faculta para exigir de otro sujeto denominado deudor, el cumplimiento de una prestación, la cual puede generalmente ser de dar, hacer o no hacer.

1. Elementos de la obligación. De la definición podemos decantar los siguientes elementos: (i) los **sujetos**, *uno activo, otro pasivo, aquí uno acreedor, otro deudor*, pero que además deben estar perfectamente identificados por lo menos al momento del cumplimiento; (ii) un **objeto**, que técnicamente se denomina o es la **prestación**, y que debe estar identificado y delimitado. De la prestación podemos afirmar además, que puede consistir en un acto (dar o hacer) o en una abstención (no hacer) y (iii) un **contenido**, relativo a la forma en que la prestación está dispuesta y “*regulada en las diversas variantes en que puede presentarse*”⁵⁶.

2. Los sujetos de la obligación. De conformidad con el artículo 73 del Código Civil, estos pueden ser personas individualmente consideradas (*naturales*) o jurídicas, a la cuales se les ha otorgado la calidad de sujetos de derecho, es decir, titulares de

⁵⁵ Fernando Hinestrosa. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes*. 3.ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 55.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 57-58-107-108.

capacidad para adquirir derechos (*capacidad de derecho o de goce*) y contraer obligaciones (*capacidad de hecho o de ejercicio*). “En la obligación, como en toda relación jurídica, se tiene la dualidad de sujetos: uno activo, otro pasivo, aquí uno acreedor, otro deudor. En su estado más simple, una sola persona como titular de los beneficios y una sola persona afectada por la necesidad que constituye el contenido del vínculo”⁵⁷.

En nuestro caso, los sujetos que hacen parte del vínculo obligacional que pretendemos estudiar, son las llamadas agencias de arrendamiento, generalmente constituidas como personas jurídicas o comerciantes individualmente considerados y dedicados a la actividad de intermediación inmobiliaria; y en el otro extremo de la relación, los intermediados o personas que acuden a estos servicios de intermediación, bien ostentando la calidad de titulares del derecho real de dominio de los bienes consignados para el arrendamiento, o incluso como representantes de los propietarios.

3. El objeto de la obligación. Técnicamente se le denomina ***prestación o débito***, y debe existir una clara delimitación de su contenido, pues no de otra forma puede darse aplicación al artículo 1603 del Código Civil, norma indispensable para la interpretación contractual e integración normativa y el artículo 1627 del mismo Estatuto, referente al pago de conformidad con el tenor de la obligación.

El profesor *Fernando Hineirosa* en su obra ya citada afirma que el “*débito consiste en la esperanza o creencia del beneficiario de la prestación, de que el obligado cumplirá exactamente el compromiso contraído, junto a la necesidad en que se halla el deudor de preferir el interés ajeno al propio y acomodar sus actos y omisiones a la finalidad del vínculo*”⁵⁸.

El estudio de un caso concreto de responsabilidad contractual implica comprender cuáles son las obligaciones surgidas del contrato, lo que al mismo tiempo permite determinar cuáles de estas pueden ser objeto de incumplimiento y generar una reclamación por la no satisfacción del débito.

En la celebración de negocios o actos jurídicos, sean estos reales, solemnes o consensuales (artículo 1500 Código Civil) pueden encontrarse obligaciones expresas y de clara comprensión, bien porque las partes tomaron la precaución de elaborar un soporte documental contentivo de sus intereses o simplemente porque así se deriva de la naturaleza del contrato. Sin embargo, también existen eventos en los cuales es complejo determinar con certeza la voluntad contractual, situación que hace necesario indagar por el querer real de las partes y las posibles prestaciones surgidas del contrato (Artículo 1603, 1618 y 1624 C.C.).

⁵⁷ *Ibíd.*, p.107.

⁵⁸ *Ibíd.*, p.78.

De allí, que exista toda una teoría de la construcción de la regla contractual, pues la elaboración y delimitación de un inventario de obligaciones para cada caso es un requisito indispensable para determinar el débito a cargo del deudor. La **regla contractual**, se convierte en el soporte explicativo y teórico de la enunciación o inventario de las obligaciones comúnmente contraídas y que en este caso estará referido al ámbito de los intermediarios.

4. La Regla Contractual. A pesar de que esta noción pudiera parecer a primera vista una creación doctrinal, la denominada regla contractual se ha desarrollado a partir del artículo 1602 del Código Civil*, pues la idea central de esta institución es determinar cuáles son las obligaciones contenidas en un determinado contrato como norma jurídica o ley aplicable a las partes. En este sentido y siguiendo los planteamientos del *Vidal Olivarez*⁵⁹ podemos afirmar que, la certeza en los límites de la prescripción contractual en cuanto al débito esperado por el acreedor, permite determinar cuándo hay cumplimiento del contrato y en consecuencia satisfacción del interés contractual, y esto no solo desde el punto de vista del acreedor, sino además del deudor.

En esta tarea de configurar la regla contractual, la autonomía de la voluntad privada juega un papel trascendente, pues en virtud ésta el contrato se colma de contenidos y se hace necesario identificar el significado y alcance de lo querido por las partes. Así entonces, en algunas relaciones contractuales es fácil identificar las prestaciones involucradas, bien porque las partes a través de un depurado manejo de sus relaciones prevén posibles contingencias o las reducen a límites en los cuales hay acuerdos previos de cómo proceder para evitar trastornos en el normal desarrollo de las actividades comerciales.

Sin embargo, en algunas ocasiones el contenido del contrato puede tornarse oscuro, contradictorio, conflictivo y de compleja interpretación, pues los contratantes no siempre dimensionan el efecto jurídico y límites de lo pretendido.

El interrogante acerca de cuál es el **efecto jurídico** que cada uno de los contratantes pretende, nos conduce a la construcción de la regla contractual, la cual se estructura a partir del estudio de (i) las disposiciones legales imperativas que gobiernan la materia y que por su condición de normas de orden público, se sobreponen a los acuerdos privados; (ii) la interpretación de la *voluntad contractual*, es decir, abordar detenidamente la declaración negocial; (iii) la identificación de obligaciones implícitas y finalmente (iv) se hace necesario el estudio de las normas dispositivas de innegable función integradora, que suplen la voluntad de las partes

* Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

⁵⁹ Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, Op. cit., p. 33-58.

cuando estas han omitido regular determinados aspectos, que si bien no afectan la validez del negocio jurídico, son indispensables para suplir vacíos que generen controversias.

Al respecto de estas últimas normas – es decir, de las dispositivas - *Álvaro Vidal Olivares*, apoyándose en *DIEZ-PICAZO*, afirma:

(...) sostiene que estas normas no están dadas únicamente para el auxilio de descuidados y desmemoriados – sino que son un modo de ordenación en el cual el legislador ha ponderado cuidadosamente la condición normal de los intereses de las partes, teniendo por consiguiente una función ordenadora, o de ordenación objetiva de la reglamentación contractual.⁶⁰

La configuración de la regla contractual puede tornarse más compleja cuando se trata de contratos de larga duración y múltiples prestaciones, caso en el cual, según *Fernando Hinestrosa*⁶¹, es necesaria la integración del contenido obligacional con los deberes implícitos, la buena fe, la corrección, la lealtad y las modalidades de ejecución. En similar sentido las normas internacionales sobre contratos comerciales, reguladas en los Principios de Unidroit, artículo 4.8 establecen lo siguiente:

(1) cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de su derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) La intención de las partes; b) La naturaleza y finalidad del contrato; c) la buena fe y la lealtad negocial, d) El sentido común.

Finalmente, debemos tener en cuenta para conformar la regla contractual, que el deudor está llamado a satisfacer una prestación, lo cual podrá hacer según *Ospina Fernández*⁶² o bien desplegando una acción (dar o entregar un objeto o ejecutar una determinada conducta), o bien mediante una omisión (abstenerse de ejecutar un acto). Sobre estas formas de ejecutar la prestación volveremos más adelante.

Sección Tercera

⁶⁰ *Ibíd.*, p.39.

⁶¹ *Hinestrosa Op. cit.*, p. 561.

⁶² *Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. Op. Cit.*, p. 313.

LOS INTERESES DEL ACREEDOR EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA

Una vez desarrollados los anteriores conceptos, debemos preguntarnos por los intereses del acreedor contractual, es decir, del sujeto que contrata los servicios de intermediación para la celebración de contratos de arrendamiento, pues ello permite determinar el tipo de obligaciones que asume el deudor (agencia de arrendamiento). Sólo cuando sabemos con precisión a qué está obligado el deudor contractual, podemos determinar si este cumplió o incumplió las prestaciones a su cargo. Ello resulta entonces de vital importancia para el análisis de la responsabilidad contractual del agente inmobiliario.

En la primera parte de este trabajo se describieron los tipos de servicios que en el mercado local prestan los agentes de intermediación inmobiliaria y que en gran medida se corresponden con los intereses que pretenden los acreedores, y que podemos agrupar en dos tipos, así:

A) Servicios de mera gestión

En este caso el intermediario actúa bajo los lineamientos del **contrato de corretaje**, siendo el propietario o la persona que este designe y no el intermediario, quien ocupa la calidad de arrendador. Es importante mencionar que en algunos casos, tal y como lo menciona Bonivento Jiménez⁶³, al contrato de corretaje le sigue un contrato de **mandato con representación**, por ejemplo, para efectos de definir y concluir algunos detalles específicos del contrato encomendado en beneficio de alguna de las partes.

B) Servicios de administración

Si tenemos en cuenta que las agencias de arrendamiento habitualmente ejercen su actividad como comerciantes especializados, es el **contrato de comisión** el llamado a tener aplicación directa, pues este presenta como una de sus notas características *“el carácter profesional del comisionista en el ejercicio de su actividad de tal, advirtiendo que esta connotación hace referencia, tanto a que se le tiene como un profesional en la labor de intermediar en intereses ajenos, y como un profesional en el tipo específico de gestión objeto del contrato”*⁶⁴. Sin embargo, cuando se trata de un intermediario no especializado en la materia encomendada, es posible que la relación comercial este enmarcada en un **contrato de mandato sin representación**.

En ambos casos, es decir, tanto en el contrato de comisión, como en el contrato de mandato sin representación, y según dependa del régimen de prestaciones pactadas, muy seguramente el intermediario termine ostentando la calidad de arrendador frente al tercero interesado.

⁶³ Bonivento, Op. cit., p.274.

⁶⁴ *Ibíd.*, p.111.

Igualmente, existe la posibilidad de que el consumidor este interesado en un **contrato de mandato con representación**, es decir, actuando en nombre y por cuenta ajena, pues requiere los servicios de la agencia de arrendamiento para que ejerza funciones de administración tales como cobro del canon, atención de reparaciones, asesoría, etc., sin que esto implique que la agencia de arrendamiento asuma la calidad de arrendador.

La anterior distinción permite indagar por los intereses de quienes contratan los servicios de intermediación para la celebración de contratos de arrendamiento, según los servicios ofrecidos en el mercado local. Dichos intereses pueden surgir de factores como la costumbre, la confianza, el desconocimiento de los tipos contractuales y toda una serie de motivos que no es posible clasificar jurídicamente, pues guardan estrecha relación con las convicciones personales del sujeto y su esfera interior.

Dada esta multiplicidad de posibles intereses, es necesario “para poder informar con conocimiento de causa a su cocontratante, (...) que el profesional le solicite precisiones, que se informe de sus necesidades y de sus objetivos (...)”⁶⁵.

Sin embargo, es viable formular a modo enunciativo, una serie de intereses de trascendencia jurídica que están presentes en quienes contratan los servicios de agentes intermediarios en la celebración de contratos de arrendamiento, resaltando que no se trata de una enunciación que agota el abanico de posibilidades, ya que las partes pueden acordar múltiples prestaciones según sus expectativas y lo permita el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

Cuando se contratan los **servicios de mera gestión**, los intereses del cliente pueden estar representados en alguna(s) de las siguientes prestaciones:

- a) La promoción del inmueble y consiguiente ubicación de un potencial interesado en celebrar contrato de arrendamiento.
- b) La asesoría respecto al tipo de garantías que deben exigirse al arrendatario.
- c) La asesoría en cuanto al valor del canon.
- d) La realización de un estudio de las condiciones comerciales y crediticias de los posibles arrendatarios y sus deudores solidarios, es decir, con suficiente solvencia económica para cumplir con el pago oportuno del canon o renta.
- e) La elaboración del contrato de arrendamiento.
- f) La correcta suscripción del contrato de arrendamiento.
- g) Hacer entrega del inmueble al arrendatario previa verificación y suscripción del inventario.

⁶⁵ Philippe Le Tourneau. La responsabilidad civil profesional. Colombia : Legis, 2006. p.149.

Cuando el cliente contrata los **servicios de administración** de una agencia de arrendamiento o intermediario, aparte de estar interesado en las prestaciones que enunciamos para los servicios de gestión, también lo motivan los siguientes servicios:

- a) El pago a tiempo del canon, con independencia de que el arrendatario lo pague o no oportunamente a la agencia.
- b) Que el intermediario asuma todas las gestiones *prejurídicas* o judiciales encaminadas a lograr el pago del canon.
- c) Que el intermediario asuma las gestiones encaminadas a instaurar y tramitar el proceso judicial de restitución de inmueble arrendado por mora en el pago del canon.
- d) Obtener asesoría sobre la destinación y vocación del inmueble.
- e) El manejo de un sistema organizado de facturación y la entrega de reportes mensuales (por ejemplo, egresos relacionados con pago de reparaciones, cuotas de administración de propiedades horizontales, pago de impuesto predial, etc.).
- f) Ocultar la identidad del propietario ante el arrendatario.
- g) Que el intermediario resuelva aquellas controversias relativas al régimen de reparaciones y planes de mantenimiento del inmueble.
- h) Que el intermediario negocie y suscriba los acuerdos de renovación o prórrogas del contrato.
- i) Que el intermediario logre el reajuste del valor del canon según las condiciones del mercado durante los procesos de renovación.
- j) Que el intermediario informe oportunamente de las diferentes situaciones que tengan relación con el inmueble arrendado.
- k) Que el intermediario vele por el estricto cumplimiento de las obligaciones del contrato de arrendamiento.
- l) Que el intermediario vele por la correcta restitución del inmueble a la finalización del contrato de arrendamiento, esto es, que verifique el pago de cuentas de servicios públicos, cuotas de administración de copropiedad, canon de arrendamiento y buen estado del inmueble según el inventario suscrito al inicio del contrato.

El anterior recuento de intereses que generalmente pretenden satisfacer quienes contratan los servicios de intermediación inmobiliaria, permite identificar el tipo de obligaciones o prestaciones que adquieren los intermediarios cuando aceptan satisfacerlas. Sin embargo, la mera enunciación de obligaciones no es suficiente para el propósito del presente trabajo, razón por la cual debemos ubicar cada una de estas en el esquema o clasificación de obligaciones de dar, hacer o no hacer y finalmente el relativo a las **obligaciones de medios o de resultado**.

La clasificación de obligaciones en prestaciones de dar, hacer y no hacer, no se abordará a profundidad, pues la misma ya ha sido objeto de una completa depuración académica por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, se hará una

breve referencia para contextualizar la actividad de las agencias de arrendamiento de cara a la responsabilidad contractual.

1. **La prestación de dar.** Tal y como lo menciona en su Tratado de las Obligaciones el profesor *Fernando Hinestroza*⁶⁶, no es clara y unánime la definición de las obligaciones de dar, aún a pesar de tratarse de la prestación más antigua. Sin embargo, *Fabre –Magnan* afirma: “*que el dar – que no es una obligación – se puede definir por la sola transferencia de la propiedad de una cosa, sabiendo que esta definición basta para englobar las transferencias no solo de todos los derechos reales, sino también de los derechos de crédito*”⁶⁷.

Así las cosas, podemos indicar que la principal característica de las prestaciones de **dar** es que el deudor adquiere la obligación de transmitir al acreedor, el dominio u otro derecho real.

Una ligera mirada a la actividad comercial que despliegan las agencias de arrendamiento, podría llevar a concluir que estas no transmiten al intermediado ningún tipo de derecho real o dominio. Sin embargo, tal apreciación no es cierta, pues el intermediario adquiere una obligación de naturaleza pecuniaria, consistente en dar una determinada cantidad de dinero, lo cual constituye además, el principal interés o débito perseguido por el acreedor y que hace referencia al pago del canon de arrendamiento.

La expectativa más importante de quienes contratan los servicios de intermediación inmobiliaria para la celebración de contratos de arrendamiento es el pago o transferencia del canon que paga el arrendatario a su arrendador (la agencia de arrendamiento) y que este último, previo descuento de su comisión por la labor encomendada, transfiere al intermediado.

Frente a esta obligación de pago de la renta al intermediado deben considerarse tres hipótesis que corresponden a la realidad del mercado local de intermediación. La primera de ellas se presenta cuando el intermediario ofrece el servicios de “**administración con canon garantizado**”; la segunda, cuando el servicio de intermediación se ofrece con “**canon garantizado a través de pólizas de arrendamiento (seguros de cumplimiento) o fianzas**” y en tercer lugar, cuando los servicios se prestan advirtiendo que no se garantiza el pago del canon o que este solo se paga cuando el arrendatario así lo ha hecho.

⁶⁶ Hinestroza, Op. cit., p.122.

⁶⁷ Fabre –Magnan. *Le mythe de l'obligation de donner*, citado por Fernando Hinestroza. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes. 3.ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 55.

1.1 Administración con canon garantizado. De acuerdo con esta modalidad de contratación, el intermediario paga al intermediado el canon dentro de un determinado periodo de tiempo o plazo, caso en el cual el intermediario adquiere una obligación de dar una suma de dinero, la cual está determinada por el valor del canon de arrendamiento, previa deducción de la comisión que corresponda como contraprestación por los servicios prestados.

Sin embargo, lo anterior requiere de una precisión terminológica, pues quien en estricto sentido tiene derecho al canon como acreedor es el arrendador, razón por la cual el intermediado tiene derecho no al canon que es el nombre técnico que recibe la prestación del acreedor en el contrato de arrendamiento, sino a una “retribución” o débito monetario que surge en razón de la labor encomendada.

En este caso la agencia de arrendamiento asume la contingencia en el pago oportuno del canon por parte del arrendatario, pues el interés del intermediado es recibir una determinada suma de dinero mientras el inmueble permanezca arrendado, es decir, no hay lugar a oponer al propietario las múltiples contingencias que pueda tener el intermediario en el desarrollo del contrato de arrendamiento, tal y como podrían ser aspectos relacionadas con los procesos de renovación, prórroga, mejoramiento de garantías, etc.

En la práctica, esta modalidad de canon garantizado parece estar condicionada únicamente a que el inmueble permanezca arrendado, advirtiéndose que el intermediado a pesar de no ser parte en el contrato de arrendamiento, suele y puede conservar facultades para indicar a la agencia los porcentajes de incremento o reajuste al canon, la duración de la renovación, la ejecución de reparaciones necesarias, e incluso decidir sobre eventuales solicitudes de terminación anticipada del contrato que formule el arrendatario.

Bajo esta modalidad el intermediado tiene la tranquilidad de que la renta ingresará a su patrimonio dentro de las fechas previstas y por el solo hecho de que el inmueble se encuentra arrendado. El intermediario y al mismo tiempo arrendador del inmueble, no puede retrasar o negar el pago argumentado que enfrenta problemas de mora del arrendatario; cesión o subarriendo del contrato de arrendamiento; que los deudores solidarios iniciales han desaparecido dejando sin respaldo el contrato; que el arrendatario enfrenta problemas de reestructuración económica o liquidación; que el arrendatario se niega a suscribir los acuerdos de renovación, etc. Son todas situaciones a cargo de la agencia de arrendamiento no oponibles al intermediado.

Ahora bien, uno de los principales problemas de credibilidad comercial que afrontan las agencias de arrendamiento, es el relativo a la seriedad con que se honran aquellos contratos de administración en los cuales expresamente se pacta el llamado “*canon garantizado*”. En los inicios de esta actividad comercial se ofrecían condiciones de administración bajo las cuales se garantizaba el pago del canon, lo cual se debió muy seguramente al buen nombre y credibilidad comercial que

ofrecían ciertos arrendatarios, además de un insipiente mercado limitado al arrendamiento de áreas comerciales de poca extensión y bajos costos. Hoy en día las realidades sociales, económicas y comerciales de los arrendatarios han cambiado, razón por la cual es muy complejo que los intermediarios garanticen el canon y asuman una posición de garantes. Esta situación, muy seguramente fue la causa en virtud de la cual surgieron los seguros colectivos de arrendamiento y las compañías afianzadoras que responden del pago del canon, cuando el arrendatario o sus deudores no cumplen oportunamente*.

1.2 Administración de inmuebles a través de seguro de cumplimiento o fianzas. El interés que en mayor medida pretenden satisfacer quienes buscan los servicios de las agencias de arrendamiento para la administración de sus inmuebles, es asegurar el ingreso y estabilidad de la renta, razón por la cual, los contratos de administración suelen incluir cláusulas en virtud de las cuales se garantiza el canon. Dicha garantía en el pago oportuno del canon de arrendamiento se brinda a través de coberturas que ofrecen las compañías aseguradoras y afianzadoras ante la mora de los arrendatarios, además de una serie de servicios adicionales y complementarios como el estudio de las condiciones comerciales y crediticias de los potenciales arrendatarios y sus deudores solidarios, e incluso un amparo en temas de servicios públicos, daños y faltantes locativos.

Esta modalidad de administración inmobiliaria genera beneficios comerciales, pues crea una idea de confianza entre quienes buscan los servicios de las llamadas agencias de arrendamiento. Sin embargo, consideramos que un porcentaje importante de intermediarios desconocen los alcances de pactar el llamado *canon garantizado*, debido a que se presentan situaciones en las cuales las obligaciones contraídas no se satisfacen a cabalidad, atentando contra la credibilidad y buena imagen de esta actividad comercial.

La aparición de los seguros colectivos de cumplimiento y fianzas aplicables a los contratos de arrendamiento, permitió de alguna forma blindar los riesgos patrimoniales derivados de ofrecer el llamado canon garantizado, es decir, estos seguros surgen como una herramienta que le permite a las compañías inmobiliarias aminorar los riesgos de responder con su propio patrimonio ante los intermediados cuando se presentan eventos de mora en el pago del canon.

Sin embargo, aún a pesar de la existencia de dichos seguros, el intermediario sigue siendo titular de una prestación de dar si se obligó bajo la modalidad de canon

* Artículo 2361. La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.
La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

garantizado sin ninguna condición y la póliza de seguro o fianza en caso de haberse contratado, le servirá como una prevención para aminorar pérdidas económicas a la hora de honrar su obligación de canon garantizado.

Ahora bien, también existe la posibilidad para el inmobiliario, no de pactar el canon garantizado como se ha explicado, sino de pactar que los periodos en mora del canon, se paguen por conducto o a través de un seguro de arrendamiento o fianza, caso en el cual su obligación será transferir al intermediado los dineros que recibe del asegurador o afianzador cuando hubo mora.

En este último escenario que hemos planteado, consideramos que los intermediarios no responden con su propio patrimonio ante la mora del arrendatario, es decir, cuando el intermediado contrata aceptando que la agencia cumple su obligación de dar o transferir el dinero objeto del canon una vez el arrendatario paga, o la compañía aseguradora reconoce el siniestro en los evento de mora, el intermediario no se verá abocado a responder con su propio patrimonio. Sin embargo, cuando el contrato de arrendamiento ha quedado sin la cobertura del seguro o la fianza y esto fuera imputable a la agencia de arrendamiento, es posible pensar en su responsabilidad frente al pago del canon.

Es decir, las controversias surgidas del contrato de seguro o de la fianza, no son oponibles al intermediado, pues este no es parte en dichos contratos, pero si además, en el contrato de administración no se especificó que en caso de mora el canon se cubriría a través de las garantías en mención (seguro y fianza), la agencia de arrendamiento deberá asumir la obligación de pagar y responder por el canon hasta la desocupación del inmueble.

Si la agencia de arrendamiento no cumple con su obligación de transferir las sumas de dinero resultantes del contrato de arrendamiento al intermediado, será responsable de las indemnizaciones inherentes a las obligaciones dinerarias y demás perjuicios que se causen por este incumplimiento.

1.3 Administración sin canon garantizado. Bajo esta modalidad de administración el intermediado acepta y conoce que la agencia de arrendamiento no es garante del canon y que el contrato de arrendamiento no cuenta con el respaldo de una póliza de seguro o fianza.

No obstante, la agencia de arrendamiento sí adquiere una obligación de dar, pero condicionada al pago del canon por parte del arrendatario, es decir, el intermediario deberá cumplir su obligación de transmitir a su acreedor el dinero fruto del arrendamiento, dentro del plazo estipulado en el contrato de administración y una vez el arrendatario haya pagado.

La particularidad de esta modalidad de contratación radica en que el intermediado acepta que el dinero proveniente del canon de arrendamiento, le sea pagado una

vez el arrendatario cumpla igualmente su obligación de pago del canon, pero debe advertirse que incluso bajo esta modalidad de administración, la agencia no queda relevada de sus obligación de velar por el oportuno cobro, recaudación y disposición de dichos dineros.

2. La prestación de hacer. Las prestaciones de *hacer* consisten en acciones positivas del deudor y no existe una transmisión de derechos reales, sino una prestación o ejecución de servicios. Para *Fernando Hinestroza*⁶⁸ se trata de actividades que pueden ser del orden material o intelectual, satisfaciéndose la prestación con la ejecución de un resultado específico o simplemente con la ejecución de una labor.

El profesor *Bonivento Jiménez* expone que los contratos de intermediación se caracterizan por la intervención de un sujeto cuya principal obligación consiste en “*celebrar actos de comercio en interés*”⁶⁹ de otro, lo que llevado al campo de las agencias de arrendamiento permite afirmar que tales intervenciones implican obligaciones de hacer, consistentes en la prestación de servicios especializados en materia inmobiliaria.

Las obligaciones de hacer en materia de intermediación inmobiliaria comprenden el mayor número de conductas que debe desplegar el intermediario, con excepción de la obligación particular de dar o transferir al intermediado los dineros resultantes del arrendamiento, cuyo cumplimiento depende incluso de acciones positivas como facturar el canon, gestionar el cobro, presentar los siniestros dentro de las fechas establecidas cuando se trata contratos asegurados y/o afianzados, es decir, toda una serie de acciones relacionadas con los intereses que motivan contratar los servicios de un intermediario y reducir los riesgos de actuar directamente.

Muchas de las obligaciones de hacer imputables a los agentes de intermediación inmobiliaria en la celebración de contratos de arrendamiento, están relacionadas con los principales intereses de sus acreedores, como por ejemplo, la asesoría en los términos y condiciones bajo las cuales debe celebrarse el contrato de arrendamiento; el tipo de incrementos o reajustes al canon en caso de renovación; la presentación periódica de informes; la atención y administración de aquellos aspectos relacionados con el régimen de reparaciones del inmueble, etc. Sin embargo, no se trata de obligaciones taxativas, pues aparte de aquellas que se derivan expresa e implícitamente de la regulación legal del contrato de mandato, corretaje y comisión, las partes en virtud de la autonomía de la voluntad privada, pueden determinar el tipo de servicios que el contrato de intermediación comprende.

3. La prestación de no hacer. En las prestaciones de no hacer, el deudor se abstiene de realizar determinadas conductas que normalmente podría llevar a cabo

⁶⁸ Hinestroza, Op. cit., p.212.

⁶⁹ Bonivento, Op. cit., p.4

de no existir la obligación negativa a su cargo. Es decir, “*dejar de emprender una actividad corporal o intelectual, algo determinado que de otra manera sería normal y lícito hacer*”⁷⁰.

Este tipo de obligaciones igualmente hacen parte de los contratos de intermediación. Algunos ejemplos en materia de intermediación son los siguientes:

- a) La prohibición de ceder la administración cuando la agencia o el comerciante inmobiliario actúan como arrendador del inmueble.
- b) La prohibición de pactar incrementos o reajustes al valor del canon, sin previa aprobación y autorización del mandante.
- c) La prohibición de ejecutar reparaciones necesarias sin previa aprobación y autorización del mandante.
- d) La prohibición de contratar personal para cumplir labores de conservación y cuidado del inmueble sin previa aprobación y autorización del mandante.
- e) La prohibición de aceptar la terminación del contrato encomendado antes del vencimiento del plazo pactado.
- f) La prohibición de aceptar renovaciones del contrato de arrendamiento por períodos de tiempo inferiores al inicialmente pactado.

Lo expuesto respecto de las *obligaciones de dar, hacer y no hacer*, permite concluir preliminarmente que las agencias de arrendamiento contraen vínculos contractuales, en virtud de los cuales hay lugar a prestaciones gobernadas por cada una de estas categorías. Sin embargo, dicha clasificación no es suficiente para determinar el nivel de responsabilidad que puede predicarse del deudor en caso de una insatisfacción en la prestación, razón por la cual, daremos paso a un análisis de dichas prestaciones desde la tipificación de obligaciones de medios y de resultado.

Sección Cuarta

OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

La anterior clasificación de las obligaciones (*hacer, no hacer y dar*) se complementa con la categorización creada y desarrollada por la doctrina francesa, pues en muchos casos la insatisfacción del acreedor por la forma en que el deudor debía dar cumplimiento el débito, no era suficiente para determinar de cara al proceso de responsabilidad contractual, si lo ejecutado por el deudor era lo realmente exigible y hasta qué punto podía configurarse un incumplimiento.

⁷⁰ Hinestroza, Op. cit., p. 229.

Bajo la anterior consideración, a más de la controversia normativa surgida en Francia, nace la clasificación de obligaciones de “*medio o generales de prudencia y diligencia, y de resultado o determinadas (...) y posteriormente se agregaron dos especies complementarias: obligaciones de garantía y obligaciones de seguridad*”⁷¹.

La teoría de las **obligaciones de medios y de resultado** tiene su génesis en el Derecho Francés y concretamente en los trabajos emprendidos por *René Demogue* al tratar la siguiente cuestión

(...) una aparente contradicción sobre el régimen de la culpa del deudor, establecida por los artículos 1137 y 1147 del Código Civil Francés... mientras que el primero introdujo un principio general en la regla de prueba dentro de la responsabilidad contractual, según el cual el deudor es responsable si el acreedor prueba que aquel no se comportó como era debido, esto, es como un buen padre de familia, el 1147 parecía decir lo contrario. Según este artículo, el deudor solo podría quedar exonerado de responsabilidad, mediante la prueba de una causa extraña⁷².

Esta aparente contradicción, en realidad estaba relacionada más con la carga de la prueba que con el contenido de las obligaciones; sin embargo, dio lugar para que empezara a elaborarse la tesis de que algunas obligaciones eran con culpa probada (art. 1137) y otras eran con culpa presunta (art. 1147).

Este planteamiento lo desarrolló posteriormente *Henry Mazeaud*, quien expresó la teoría de la siguiente forma: “...*dado que el incumplimiento de la obligación contractual no es suficiente por sí solo para comprometer la responsabilidad del deudor, es necesario que ella concorra con una culpa contractual, presunta en el caso del artículo 1147, pero probada por el acreedor en el caso del artículo 1137*”⁷³.

Esta última postura permitió a la Corte de Casación Francesa desarrollar toda la teoría de las llamadas obligaciones de medios y de resultado. Su aplicación ha sido compleja, pues han surgido una serie de categorías intermedias, conocidas como *obligaciones de medios reforzadas, obligaciones de resultado absoluto o garantías* y *obligaciones de resultado atenuadas*, categorías que tienen más relación con la carga de la prueba que con el contenido de la obligación.

Sin embargo, no tiene sentido ahondar en hipótesis especulativas, pues la definición que ofrece *René Demogue* en su *Tratado de las Obligaciones* y que es citada por

⁷¹ Hinestrosa, Op. cit., p. 238.

⁷² Betty Martínez Cardenas. La adaptación de la teoría de las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado en el Derecho Colombiano. En: Los contratos en el derecho privado. Colombia : Legis, 2007. p. 900.

⁷³ *Ibíd.*, p. 900.

Martínez Cárdenas, es lo suficientemente clara: “el deudor cuya obligación es de resultado, se compromete a llegar a este resultado o la finalidad impuesta por la ley o el contrato, mientras que el deudor de una obligación de medios se compromete a tomar todas las precauciones que le conduzcan a la normal obtención del resultado impuesto por la ley o el contrato”⁷⁴.

En el Ámbito Colombiano la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, se remonta a la *sentencia del 30 de noviembre de 1935*, en la cual *“la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, interpretando el artículo 2005 del Código Civil colombiano, estimó que la obligación del arrendatario de conservar la cosa arrendada era “de prudencia y diligencia”, de la cual el deudor podía exonerarse aportando únicamente la prueba de la ausencia de culpa”⁷⁵.*

La importancia de la distinción entre obligaciones de medios y resultado es que **permite identificar con mayor claridad el contenido y el alcance de las obligaciones del deudor para saber cuándo hubo incumplimiento**. Sólo cuando sabemos con precisión a qué está obligado el deudor contractual, podemos determinar si este incumplió con la prestación a su cargo. Ello resulta entonces de vital importancia para el análisis de la responsabilidad contractual del agente inmobiliario.

Poder distinguir entre obligaciones de medios y resultado permite analizar el contenido de la prestación y no limitar el análisis al tipo de conducta que debe desplegar el deudor desde el punto de vista del hacer, el no hacer y el dar. Bajo esta clasificación la prestación se enfrenta al acreedor, al interés que este persigue y busca se le satisfaga, es decir, se aborda el problema de **qué debe el deudor en relación con el interés del acreedor**.

Bajo la estructura teórica de la construcción de un inventario de obligaciones y la clasificadas de las mismas en de medio y resultado, es posible construir la reclamación de responsabilidad contractual ante una eventual inconformidad del acreedor, por la forma en que el deudor pretende dar cumplimiento al débito en un caso concreto.

Criterios para diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado. Teóricamente es común escuchar que las obligaciones **de dar** y **no hacer**, por su naturaleza o esencia son siempre de resultado. Mientras que las obligaciones **de hacer** pueden ser de medios o de resultado, según el análisis de la regla contractual aplicable en cada caso. Ahora bien, en algunos casos cuando se presenta algún tipo de controversia para determinar si una obligación es de medios o de resultado, debe acudir a criterios que la doctrina ha elaborado, pues la mera aplicación de la definición jurídica asignada a estas obligaciones no permite resolver el problema.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 889.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 901.

Así por ejemplo, en materia de legislación internacional los Principios Unidroit establecen lo siguiente:

Artículo 5.4.1. (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos) (1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

En este mismo sentido, pueden aplicarse algunos criterios que permiten clasificar aquellas prestaciones sobre las que no es fácil identificar si el deudor cumple su débito desplegando conductas acuciosas y diligentes, o si por el contrario debe garantizar un determinado resultado. Dicho marco de criterios puede enunciarse de la siguiente forma*:

El primer criterio tiene lugar cuando el legislador a través de **normas imperativas o supletivas**, determina la calidad de la obligación; por ejemplo, como ocurre en el contrato de transporte respecto de las obligaciones del transportador (artículo 981,982, 989 Código de Comercio), las cuales son de resultado por expreso mandato de ley.

El segundo criterio, es aquel referente al **pacto expreso**, es decir, cuando las partes han calificado sus obligaciones y así consta en el texto del contrato. Si el legislador no establece a través de normas imperativas o supletivas la calidad de la obligación, según la distinción que hemos venido desarrollando, las partes pueden convenirlo en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

El tercer criterio, implica acudir a la **voluntad implícita** de los contratantes, llevando a cabo un minucioso estudio de la regla contractual y de esta forma concluir cual es el querer de las partes, aunque expresamente no lo hayan dicho y la ley guarde silencio. Valga mencionar, que auscultar en la voluntad implícita de las partes, no implica perder de vista la naturaleza o esencia de la prestación, pues no de otra forma podría calificarse como una obligación de medio o de resultado.

El cuarto criterio, aplica en aquellos eventos en los cuales a pesar de que el deudor pone todo de su parte, hace todo lo necesario y exigible, el resultado no se produce por la intervención de un elemento extraño y ajeno que no está bajo su control. En

* Dichos criterios corresponden al planteamiento y exposición que del tema hace el doctor Fernando Moreno Quijano, catedrático y codirector de la especialización en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT y que fueron conocidos por el autor en entrevista personal que se llevó a cabo en la ciudad de Medellín, el 24 de agosto de 2012.

estos casos debe concluirse que las partes son conscientes y conocedoras del aleas y que por tanto la obligación es de medios, a pesar de que el deudor debe desplegar todo de su parte.

El quinto criterio es una aplicación del anterior y se refiere a una actitud, actuación o situación más o menos activa, o más o menos pasiva del acreedor respecto de la prestación. Si el acreedor está sujeto a lo que el deudor haga con él, al deudor se le impone una obligación de resultado respecto de la seguridad del acreedor. Y cuando se espera una colaboración del acreedor al deudor, el alea es la actitud del acreedor. Este concepto se aplica sobre todo en materia de obligación de seguridad y particularmente en la seguridad a cargo de hospitales con los pacientes.

El profesor *Javier Tamayo Jaramillo*, también plantea su propio criterio de diferenciación y afirma lo siguiente:

Quando ni las partes ni el legislador han señalado el régimen probatorio, la obligación será de medio o de resultado según la mayor o menor probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último buscado por el acreedor al celebrar el contrato. Si el deudor solo cuenta con un limitado número de probabilidades de lograr el objetivo buscado por el acreedor, entonces su obligación será de medio⁷⁶.

Al respecto, consideramos que el argumento de la probabilidad puede ser útil y su aplicación resulta atractiva. Sin embargo, determinar el nivel de probabilidad que tiene un deudor de satisfacer o no un determinado interés del acreedor, es un análisis que debe emprenderse necesariamente desde el caso concreto, es decir, a partir de la regla contractual y las realidades circundantes del negocio jurídico.

El segundo criterio referente al *pacto expreso* es de gran importancia en materia de intermediación inmobiliaria, pues de acuerdo con las normas legales que regulan el mandato comercial, la comisión y el corretaje, las partes contratantes tienen la posibilidad de fijar ciertas obligaciones y el alcance de las mismas según la naturaleza del negocio encomendado. No obstante, consideramos que los contratos de mandato comprenden mayoritariamente obligaciones que en su esencia son de medios y tal afirmación encuentra sustento en el inciso final del artículo 2184 del Código Civil^{*}, pues se indica que el mandante solo podrá eximirse de cumplir con

⁷⁶ Tamayo, Op. cit., p. 539.

^{*} ARTICULO 2184. OBLIGACIONES GENERALES. El mandante es obligado:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato.
2. A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato.
3. A pagarle la remuneración estipulada o usual.
4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes.
5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato.

sus obligaciones, si demuestra la culpa equivalente a un descuido leve del mandatario, es decir, una conducta que se oponga a *la diligencia o cuidado ordinario o mediano* (artículo 63 C. Civil).

La lectura del artículo 2184 del Código Civil, nos permite afirmar que las agencias de arrendamiento como sujetos que celebran contratos de mandato, están sometidas naturalmente a responder por el cumplimiento de obligaciones de medios, salvo norma imperativa que disponga lo contrario, o que las partes contratantes fijen tarifas especiales como ocurre con la modalidad de *canon garantizado* y frente a la cual parece no haber duda que se trata de una obligación de resultado. En este sentido, consideramos que el afán comercial de algunos agentes inmobiliarios no puede conducir al ofrecimiento de servicios que desbordan la naturaleza de esta actividad comercial, pues la imposibilidad de ciertos intermediarios para honrar sus obligaciones genera insatisfacción y falta de credibilidad entre quienes buscan estos servicios.

La posibilidad de que sean las partes en el contrato de mandato quienes libremente pacten si las obligaciones contraídas son de medio o de resultado, es un tema trascendental para las agencias de arrendamiento, ya que pueden reestructurar su portafolio de servicios y no limitar la regulación del contrato de administración al pago de los dineros fruto del arrendamiento, dejando por fuera otras prestaciones igualmente trascendentes desde el punto de vista de la responsabilidad contractual y consecuencias económicas.

Finalmente, es válido afirmar de acuerdo con lo analizado que en ausencia de normas especiales y acuerdos contractuales claros, las agencias de arrendamiento de conformidad con las normas generales del mandato, estarían llamadas a satisfacer el interés de sus acreedores desplegando conductas diligentes y cuidadosas con independencia de los resultados finalmente alcanzados.

Sección Quinta

OBLIGACIONES IMPLÍCITAS DE INFORMACIÓN, DE CONSEJO Y DE INSTRUCCIÓN

La complejidad de las actuales relaciones contractuales y de comercio, ha dado lugar para que las partes realicen importantes esfuerzos por determinar, prever y dominar todo el marco de obligaciones del contrato que pretenden celebrar. Sin embargo, muchas diferencias contractuales e insatisfacciones del acreedor, tienen

No podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.

su génesis en situaciones que eran previsibles y superables con un correcto protocolo de información e instrucción entre los contratantes.

Con el surgimiento de las obligaciones implícitas de información, de consejo y de instrucción a cargo del deudor profesional, se busca proteger al acreedor que no es experto en el tema técnico de modo que sea el acreedor experto quien le informe sobre la actividad a desarrollar, quien le pregunte sobre sus necesidades, quien lo asesore y aconseje en relación con múltiples temas que son de naturaleza técnica y que sólo un profesional en el ramo conoce.

Las informaciones inteligibles para el destinatario, deben ser exactas y pertinentes, adaptadas a la situación. Se trata de una obligación accesoria, de naturaleza contractual (prolongando la obligación precontractual de información hacia cualquiera que sea), cuya violación es un desfallecimiento (incumplimiento) contractual del profesional reticente en el sentido preciso de esa palabra. El profesional debe tomar la iniciativa de informar⁷⁷.

Estas obligaciones implícitas de información, consejo e instrucción a cargo del deudor profesional han sido detectadas y explicadas por la doctrina como obligaciones implícitas; esto es, que nacen del contrato (como derivaciones de los principios de buena fe y lealtad), así no estén específicamente establecidas por los contratantes.

En el derecho contemporáneo, se tiene como dato adquirido que entre las partes que celebran un contrato existe una obligación de lealtad para con la otra no solo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, así en algunos ordenamientos jurídicos no lo establezca la ley en forma expresa. En esa obligación de lealtad, se enmarcan como especies de la misma las denominadas obligaciones de consejo, de información y de instrucción.⁷⁸

Estas obligaciones implícitas de información, consejo e instrucción, son exigibles tanto en la etapa precontractual y contractual, tienen su origen en principios generales del Derecho Constitucional, tales como la buena fe, la protección del consumidor, la lealtad, el equilibrio contractual y económico entre los contratantes. El artículo 83* de la Constitución Política no solo es de aplicación exclusiva en el Derecho Público o Constitucional, sino que además, debe aplicarse en el Derecho

⁷⁷ Philippe Le Tourneau. Op. cit., p.148.

⁷⁸ Tamayo, Op. cit., tomo I, p. 557.

* *Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.*

Privado. El Código Civil* en armonía con dicho principio, prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe y el Código de Comercio como norma más especializada establece en el artículo 863 que, *“las partes deberán proceder de buena fe en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

Ahora bien, para cumplir con la obligación de informar, aconsejar y asesorar, se presupone un cierto nivel de conocimiento y especialidad del deudor, pues quien carece de estos atributos no podrá satisfacer las expectativas de sus acreedores. Una las características del comerciante de nuestros días es su nivel de especialización, lo cual ha surgido a partir de la segmentación de los mercados como estrategia para el mejoramiento de las ventas y alcanzar una mejor cobertura de quienes demandan la prestación de bienes y servicios.

De acuerdo con el artículo 10 del Código de Comercio, *son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles*. Es decir, se presume un nivel de profesionalización, el cual no necesariamente debe entenderse como una titulación académica, sino, como las calidades y experiencia adquiridas por quienes habitual y responsablemente se dedican a una determinada actividad comercial. El nivel de experiencia, especialización y profesionalismo con que se desarrolla una actividad depende de múltiples factores, razón por la cual, el comerciante que actúa de buena fe, debería obligarse solo en aquellos actos que este en capacidad de conocer, asesoras y brindar medianos resultados a sus acreedores.

En materia de intermediación inmobiliaria la proliferación de agencias de arrendamiento, comisionistas y personas dedicadas a esta actividad, incluso debidamente inscritas en los registros mercantiles y lonjas de propiedad, no son garantía del conocimiento y especialidad con la cual desarrollan las labores encomendadas. El desconocimiento de muchos de los temas tratados a lo largo de este trabajo, la falta de controles a nivel gremial y la publicidad engañosa, han creado entre los propietarios de inmuebles un imaginario de coberturas de difícil cumplimiento, que asimilan equivocadamente los servicios de la intermediación con la actividad de los seguros.

Los empresarios y comerciantes del sector inmobiliario a través de las lonjas de propiedad, deben liderar un proyecto legislativo para crear una normatividad especializada y de aplicación exclusiva para la actividad de intermediación en materia de arrendamiento y venta de inmuebles. No existen normas que regulen profesionalmente la actividad y muchas disposiciones que se pactan en virtud de la

* Artículo 1603. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*

autonomía de la voluntad privada de las partes, bordean delicadamente el límite del equilibrio contractual, el abuso de posiciones dominantes y en general de transgresiones a normas de protección del consumidor.

La relación que se crea entre intermediados, intermediarios y arrendatarios es compleja, pues son múltiples los marcos normativos dentro de los cuales se actúa, lo cual obliga a que el intermediario tenga conocimiento y claridad expositiva de las situaciones que pueden presentarse en cada caso. La obligación de asesorar, informar y aconsejar de los asesores inmobiliarios es de doble vía, pues se debe acompañamiento al propietario del inmueble y a los potenciales arrendatarios. El profesionalismo del asesor inmobiliario se pone a prueba en este tipo de situaciones, pues su intervención antes que generar un manto de duda sobre los intereses que representa, debe brindar claridad, transparencia y confianza entre los contratantes.

En este mismo sentido, es importante resaltar que una operación de intermediación responsable debe considerar no solo los aspectos jurídicos que hemos expuesto, sino además, un completo equipo administrativo con capacidad de absolver inquietudes contables, tributarias, de prestación de servicios públicos y de mantenimiento de inmuebles, pues no de otra forma podría consolidarse el nivel de profesionalización que se pretende.

Finalmente podemos resaltar que las *obligaciones de consejo* están encaminadas a brindar elementos de juicio para la toma de decisiones y por tanto, dichas sugerencias, orientaciones o recomendaciones, deben ser objetivas, razonables, sustentables y no tener por propósito exclusivo la celebración del contrato, el cual seguramente se celebrará si el servicio prestado se brinda con calidad

Sección Sexta

LA MORA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS

La mora contractual se verifica cuando el deudor no ha cumplido con el débito dentro del término de tiempo acordado con el acreedor, o cuando no habiéndose estipulado un plazo para el cumplimiento, la prestación no se desarrolla conforme su naturaleza. En estas hipótesis, “la mora del deudor aparece ex re, esto es, no requiere otra verificación que el vencimiento del plazo establecido convencionalmente”⁷⁹.

⁷⁹ Hernando Tapias Rocha. La acción de responsabilidad contractual. En: Fabricio Mantilla Espinosa, y Francisco Ternera Barrios. Los Contratos en el Derecho Privado. Colombia : Legis, 2007. p.229.

En materia de intermediación para la celebración de contratos de arrendamiento, el momento para satisfacer la obligación de pago al intermediado, suele estar definido en el contrato de mandato, pero si allí no se hubiera dicho nada, la naturaleza del negocio encomendado cuyas prestaciones son de tracto sucesivo, permiten identificarlo. Por tanto, es posible presumir el incumplimiento del intermediario cuando transcurren por ejemplo, varios periodos reguladores del canon y los pagos no se efectúan habiéndose garantizado bajo alguna de las modalidades vistas.

Frente a otras obligaciones diferentes del pago y que están a cargo del intermediario, la situación es similar, pues bastará con determinar la inacción en el momento en el cual era exigible desplegar una conducta, para que dicho momento sea el inicio de la mora en el cumplimiento de las obligaciones que pueden ser expresas y constar en el texto del contrato de mandato, o implícitas e inherentes a la actividad de un especialista en esta actividad comercial.

Sección Séptima

INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE

De acuerdo con el anterior recuento teórico, podemos formular los siguientes interrogantes para poder exponer un panorama de la responsabilidad contractual en la actividad de intermediación inmobiliaria, teniendo siempre como referente verificar “un incumplimiento, que dicho incumplimiento sea culpable, un daño y la respectiva relación de causalidad”⁸⁰. Los interrogantes son:

1. ¿Qué debe el deudor y cuándo hay pago?
2. ¿Cuándo hay incumplimiento en sentido material?
3. ¿Cuándo dicho incumplimiento es imputable?
4. ¿Cómo aplica la carga de la prueba?

1. ¿Qué debe el deudor y cuándo hay pago? En términos generales podemos afirmar que “hacia la prestación se dirige el interés del acreedor, la prestación es lo que debe el deudor. Prestación que es una colaboración determinada: la sola conducta, o esta y algo más, que se proyecta en un bien”⁸¹.

El Código Civil en el artículo 1626 define que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, razón por la cual, debe identificarse el contenido de la prestación a cargo del deudor y valorarse si la conducta desplegada bajo unas condiciones de tiempo, modo y lugar satisfacen la obligación. Cuando existe una correspondencia entre lo ejecutado por el deudor y el interés contratado con el acreedor la obligación se extingue de forma natural, “por así decirlo, con la ejecución de la prestación por

⁸⁰ Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, Op. cit., p. 196.

⁸¹ Hinestrosa, Op. cit., p. 267.

parte del deudor y su recibo por parte del acreedor, cuyo interés se satisface de tal modo”⁸².

Por su parte el artículo 1627 del Código Civil establece el qué y cómo debe hacerse el pago, que “se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor literal de la obligación, sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”. Es decir, se trata de una “ejecución total, precisa y oportuna de la prestación”⁸³ siendo necesario verificar el título para determinar con algún grado de certeza la forma como debe ejecutarse la prestación, de allí nuestra insistencia en la importancia de la claridad en la redacción de los llamados contratos de administración, que delimitan el marco de obligaciones que rige entre los intermediarios y quienes contratan sus servicios.

Por tal razón, nuestra insistencia en analizar las obligaciones que contraen los intermediarios, es decir, si estas corresponden a prestaciones de dar, hacer y no hacer, pero además, si son de medio o de resultado. Este ejercicio implica integrar la *regla contractual*, lo que supone elaborar el inventario de obligaciones contraídas según el querer real de las partes, los textos contractuales y las propias disposiciones normativas aplicables al caso concreto. No de otra forma puede determinarse si la insatisfacción del intermediario, está relacionada con una prestación a la cual se obligó el agente intermediario.

2. ¿Cuándo hay incumplimiento en sentido material? El incumplimiento jurídicamente es la “insatisfacción del acreedor por “violación de los deberes” que específicamente pesan sobre el deudor en fuerza del contenido singular de la relación obligatoria”⁸⁴. Para *Vidal Olivares* “El incumplimiento en su sentido más amplio se confunde con la no realización de la prestación o, en otros términos, con cualquier desviación del programa o plan ideal de prestación inicialmente acordado por las partes”⁸⁵.

Teniendo claro el inventario de obligaciones, su tipología desde el punto de vista del hacer, el no hacer, el dar, y si son de resultado o de medio, es necesario comparar lo prometido con lo finalmente ejecutado por el deudor. Este ejercicio comparativo debe emprenderse desde una postura objetiva, pues aquí no hay lugar para determinar las causas del posible incumplimiento y el análisis habrá de circunscribirse a verificar el hecho escueto, es decir, si hay un incumplimiento en alguna de sus modalidades, es decir, total, defectuoso o tardío.

⁸² Hinestroza, Op. cit., p. 572.

⁸³ Hinestroza, Op. cit., p. 624.

⁸⁴ Hinestroza, Op. cit., p. 242.

⁸⁵ Carlos Pizarro Wilson y Álvaro Vidal Olivares, Op. cit., p. 396.

Respecto de los tipos de incumplimiento puede afirmarse que el **incumplimiento total** se caracteriza por la inejecución del débito; mientras que el **incumplimiento defectuoso**, hace relación a problemas de calidad o cantidad relacionados con la prestación acordada. Finalmente, el **incumplimiento tardío**, conocido también como **moroso**, es una modalidad que puede tener lugar a partir de un incumplimiento total o defectuoso y que desde la óptica del deudor le permite afirmar: *tarde acabé cumpliendo y lo aceptaron, como tarde acabé enmendando el defecto, e igualmente lo aceptaron**.

Reiteramos que la verificación del incumplimiento material, no implica que exista un incumplimiento imputable del cual surja responsabilidad civil, ya que este peldaño del análisis se limita a una constatación de tipo fáctico entre el débito y la conducta desplegada por el deudor.

3. ¿Cuándo el incumplimiento es imputable? La respuesta a este interrogante permite identificar un verdadero incumplimiento, es decir, un incumplimiento con trascendencia jurídica, lo cual hace necesario verificar *en primer lugar*, la existencia de un incumplimiento material y *en segundo lugar*, que la no concordancia entre el débito y el resultado de la conducta desplegada por el deudor, no se deba a una causa extraña. Es decir, el deudor estará sujeto a un juicio de reproche, siempre que no pueda probar la configuración de una causa extraña que lo libere de su responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones acordadas.

Esta fórmula permite afirmar que “*el mundo del incumplimiento puede tener su génesis en una causa extraña, o en un incumplimiento imputable al deudor*”*, lo cual permite explicar al mismo tiempo cómo opera la carga de la prueba, tema sobre el cual haremos algunos comentarios.

En términos de la Corte Suprema de Justicia,

(...) el deudor sólo responde del incumplimiento de su obligación cuando este proviene del dolo o de la culpa cometidos por el mismo, más no así cuando la insatisfacción del acreedor ha sido determinada por un hecho de naturaleza o humano, imprevisible e irresistible, v. gr. Un terremoto la orden sorpresiva de autoridad, etc., eventos a los que la doctrina tradicional ha asimilado el hecho

*Esta comprensión del tema es la expresada por el doctor Fernando Moreno Quijano, catedrático y codirector de la especialización en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT y que además, fue conocida por el autor en entrevista personal que se llevó a cabo en la ciudad de Medellín, el 24 de agosto de 2012.

del tercero (persona independiente del deudor) y la culpa del acreedor Corte Suprema de Justicia. Sentencia 15 de julio de 1985. G.J.,t CLXII, pág. 327).⁸⁶

4. ¿Cómo opera la carga de la prueba? Hablar de carga de la prueba nos conduce al escenario del proceso judicial, razón por la cual debemos referirnos a la normatividad procesal. De acuerdo con el artículo 177* del Código de Procedimiento Civil de 1970, corresponde al demandante que pretende salir avante con sus pretensiones, como al demandado que busca oponerse a aquellas, allegar las pruebas que sirven de sustento a sus intereses.

Ahora bien, el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en su artículo 167** reestructura el tema de la carga de la prueba e introduce la figura de la *carga dinámica*, en virtud de la cual se dice lo siguiente:

(...) autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales podrá considerarse que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho.

De esta manera el juez deberá hacer la distribución mediante una providencia en la que otorgue a la parte un término suficiente para cumplir con la nueva carga que le asigna. Quedó erradicada la dañina posibilidad de considerar en la sentencia que una prueba podría haber sido aportada por una parte que inicialmente no soportaba la carga, situación que conducía equivocadamente a aplicarle el sucedáneo de prueba a quien no se le había advertido su compromiso,

⁸⁶ Colombia. Ministerio de Justicia. Superintendencia de Industria y Comercio. Código Civil. Edición Especial del Centenario 1887 – 1987. Bogotá : Printer Colombia, 1988, p. 553.

* *Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

** *Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

ni había tenido la oportunidad de alegar al juez que realmente no se encontraba en mejor posición para probar (...)⁸⁷

Así las cosas, no se discute que el acreedor demandante en el proceso de responsabilidad contractual, debe probar la existencia de un contrato válido como fuente de obligaciones, la existencia de una o varias prestaciones incumplidas, la imputabilidad del deudor, además del daño y el nexo causal.

En materia de responsabilidad contractual corresponde al acreedor demostrar el incumplimiento material, que incluso en muchas ocasiones bastará con afirmarlo; mientras que el deudor deberá probar o demostrar que el incumplimiento no le es imputable, lo cual podrá hacer a través de defensas o excepciones, atacando la validez del contrato, la inexistencia de la prestación o simplemente alegando los elementos probatorios en virtud de los cuales se demuestra que hubo pago, completa satisfacción del débito y que el incumplimiento de la prestación demandada no existe, *“Al lado del cumplimiento-pago obran otros fenómenos que igualmente tienen vocación extintiva de la obligación, con fuerza idéntica o similar al efecto, conforme a la enumeración contenida en el art. 1625 C.C.”*⁸⁸

4.1 La carga de la prueba del deudor en obligaciones de resultado y de medios. En el caso de las **obligaciones de resultado**, el deudor para poder eximirse de responsabilidad puede probar que la obligación por la cual se le demanda no existe; que se vio sometido a una causa extraña, o que el resultado sí se brindó, es decir, que hubo pago. Así, en los contratos de administración con canon garantizado, cuando el intermediario es requerido judicialmente por el incumplimiento del contrato de mandato, debe aportar la prueba del pago, no siendo suficiente demostrar diligencia y cuidado, pues se trata de una prestación de dar.

Si el agente inmobiliario venía garantizando el canon bajo el respaldo de seguros o fianzas que no se hacen efectivas por causas imputables al intermediario, como por ejemplo, contratos de arrendamiento mal suscritos, falsificaciones o suplantaciones en las firmas, autorizaciones inconsultas para ceder o subarrendar el inmueble, aceptación o tolerancia frente a cierto tipo de destinaciones ilícitas, etc., será la agencia de su propio patrimonio quien deba asumir el pago del canon, pues las eventuales controversias que se susciten en desarrollo de dichas garantías, no le son oponibles al intermediario y no constituyen causa extraña.

Cuando la **obligación es de medios**, el deudor podrá demostrar para exonerarse del incumplimiento contractual una de las siguientes defensas: *la primera*, que no

⁸⁷ Ulises Canosa Suárez. Código General Del Proceso - Aspectos Probatorios. [En línea]. S.I. 2012. <<http://jurisunirosario2012.blogspot.com/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>> [Consulta: 11 de Dic. 2012]

⁸⁸ Hineirosa, Op. cit., p.552.

existe la obligación por la cual se demanda; *la segunda*, que la actuación o conducta desplegada está caracterizada por la diligencia y cuidado, es decir, que se emplearon todos los medios necesarios para satisfacer la prestación, aunque finalmente el acreedor se vea frustrado en sus intereses. En este caso se habla de pago y que el débito se materializó según los términos del contrato; *la tercera*, que el deudor podrá por vía de excepción asentar en que la obligación es cierta y no existe pago, pero ha mediado una causa extraña que impidió cumplir con la prestación.

La exposición de los hechos y pretensiones por el demandante y los esfuerzos del demandado para evitar una condena, obligan a analizar si el presunto incumplimiento es puro y simple, defectuoso o tardío, pues según se trate de una obligación de medios o de resultado se presentan variaciones desde el punto de vista de la carga de la prueba. Veamos:

- Incumplimiento puro y simple en obligaciones de medios: Significa que el deudor no desplegó ningún tipo de conducta y su inacción se entiende como un acto de negligencia, a menos que exista una causa extraña que justifique su inacción.
- Incumplimiento puro y simple en obligaciones de resultado: Cuando el incumplimiento material nos revela la ausencia total de resultado, igualmente estamos en presencia de una situación concluyente de culpa, salvo la posibilidad de probar la causa extraña.
- Incumplimiento defectuoso en obligaciones de medios: Significa que el deudor no actuó con la diligencia debida, que no utilizó todos los medios que estaban a su disposición, que no empleó la *lex artis* aplicable al caso concreto. Igualmente, puede haber un empleo de ciertos medios y gestiones que se despliegan con insuficiencia, a destiempo o de forma incorrecta, generando como consecuencia un incumplimiento defectuoso.
- Incumplimiento defectuoso en obligaciones de resultado: En el caso de las obligaciones de resultado, los incumplimientos defectuosos revelan inconsistencias de cantidad o calidad respecto del débito.
- Incumplimiento tardío o moroso: Los incumplimientos totales y defectuosos suelen ser la génesis del incumplimiento tardío, pues el acreedor acepta que el deudor cumpla lo que no había hecho o corrija los problemas de cantidad y calidad para convertir la situación en un cumplimiento tardío.

Los tipos de incumplimiento que hemos mencionado según se trate de obligaciones de medios o de resultado y su integración con la teoría del incumplimiento material, permite establecer en cada evento cuándo el incumplimiento es imputable al deudor,

siendo la causa extraña una eximente de responsabilidad aplicable para ambas obligaciones.

Sección Octava

EL DAÑO

El daño es un presupuesto necesario para que exista responsabilidad civil, tanto en su modalidad contractual como aquiliana. “El daño (material, corporal o moral) significa la lesión sufrida, que es considerada: un hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos). Se distingue del perjuicio cuyo concepto jurídico es el efecto o la continuación del daño”⁸⁹. Por su parte la más autorizada doctrina nacional “por daño civilmente indemnizable [entiende] el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”⁹⁰. Adicionalmente, es necesario mencionar que el daño objeto de indemnización debe ser cierto, que la persona reclamante debe ser la afectada y que la afectación moral o económica que se pretende resarcir este amparada por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en materia contractual no puede obviarse la referencia al artículo 1616 del Código Civil en lo referente a la conducta dolosa y la previsibilidad del daño, pues “mientras que el autor de una culpa delictual debe indemnizar los daños previstos e imprevistos, el deudor no está en principio obligado en materia contractual sino a las consecuencias de su ejecución, previstas o previsibles al momento de la ejecución del contrato”⁹¹.

Los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, establecen que la indemnización de perjuicios comprende el *daño emergente* y el *lucro cesante*, bien por no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente, o por haberse ejecutando tardíamente. No obstante, hoy también se habla de la indemnización de daños extrapatrimoniales en materia contractual, aunque de forma muy excepcional.

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado ampliamente el tema del daño en la responsabilidad civil, razón por la cual no es necesario ahondar en ello, pero retomaremos el tema en el último capítulo con ocasión de la indemnización de perjuicios en materia de intermediación inmobiliaria.

⁸⁹ Philippe Le Tourneau. Op. cit., p. 59.

⁹⁰ Tamayo, Op. cit., p. 247 (Tomo I).

⁹¹ Philippe Le Tourneau. Op. cit., p.46.

Sección Novena

EL NEXO DE CAUSALIDAD

Frente al tema del nexo de causalidad son igualmente bastos los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, razón por la cual, no es necesario ampliar esta propuesta en tal sentido. Sin embargo, es válido afirmar que “causalidad jurídica significa que el hecho es imputable jurídicamente al demandado”⁹².

Ahora bien, en materia de responsabilidad contractual cuando se analiza el incumplimiento imputable del deudor, que al mismo tiempo conduce a su culpa, se identifica el camino del nexo de causalidad entre la acción u omisión en el cumplimiento del débito y los daños que padece el acreedor al no ver satisfecha la prestación contratada.

El nexo de causalidad debe ser establecido por el demandante y constatado por los jueces de fondo antes quienes se ha interpuesto la acción (...). Se trata de un elemento autónomo de la responsabilidad, independientemente de la culpa (o del hecho de la cosa) y del perjuicio. Aún más si se tiene en cuenta, que cuando el demandante ha establecido la culpa (o el hecho de la cosa) y el perjuicio, se crea una suerte de presunción, al menos en el espíritu, de que el daño ha sido causado por esta culpa (o por el hecho de la cosa)⁹³.

Según vimos en el presente capítulo, es esencial conocer la estructura de la responsabilidad contractual para aplicarla a los contratos de intermediación inmobiliaria: la existencia y validez del contrato, las obligaciones contraídas, su tipología y alcance, la determinación de la existencia de un incumplimiento imputable y la verificación del nexo de causalidad y de los perjuicios que pueden reclamarse. El planteamiento que hicimos de casos concretos que ejemplifican cada uno de los elementos que hemos explicado, facilita la comprensión del mapa de navegación que sirve de guía a los agentes de intermediación para entender la responsabilidad civil contractual no como institución abstracta, sino como una realidad jurídica que deben interiorizar para planear y ejecutar adecuadamente su actividad profesional.

⁹² Tamayo, Op. cit., p. 249 (Tomo I).

⁹³ Philippe Le Tourneau. Op. cit., p. 76.

Capítulo III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES INMOBILIARIOS: APLICACIÓN PRÁCTICA DEL RÉGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

PRESENTACIÓN. Como ya hemos explicado, los diferentes contratos de administración que ofrecen los intermediarios inmobiliarios, a saber, (i) contrato de administración con canon garantizado; (ii) contrato de administración sin canon garantizado y (iii) contrato de administración con canon garantizado a través de compañías aseguradoras o afianzadoras comprenden múltiples obligaciones, las cuales pueden ser de medios o de resultado. De allí que resulte indispensable que los intermediarios conozcan el qué, el cómo y el cuándo de las obligaciones de medio y de resultado que se asumen y que implementen mecanismos que les permitan desde la redacción del contrato, clasificar claramente sus obligaciones en uno u otro tipo, y graduar su alcance claramente.

Los contratos de intermediación no tienen *per se* una prestación exclusiva y definida por la ley para los intermediarios, sino, que son las partes de acuerdo a sus necesidades comerciales quienes determinan su contenido (salvo lo normado por los artículos 32 y s.s., de la Ley 820 de 2003 que regula aspectos puntuales del arrendamiento de vivienda urbana a través de agencias de arrendamiento). Es por ello que el *pacto expreso* se convierte en una herramienta preventiva valiosa, pues si las partes son diligentes podrán identificar sus intereses y en consecuencia, delimitar anticipadamente el contenido de las prestaciones.

Como hemos dicho, los contratos de administración en los cuales se pacta la obligación de pagar el canon de arrendamiento al intermediario, pague o no el arrendatario, constituyen obligaciones de dar y por ende de resultado. Este tipo de cláusulas convierte a las agencias de arrendamiento en garantes o “*aseguradoras*” de la renta de los inmuebles arrendados, lo que para algunos desnaturaliza la esencia del negocio de intermediación. En cualquier caso, es usual que en los contratos celebrados a través de intermediarios para la celebración de contratos de arrendamiento, se pacte garantizar el canon, lo cual constituye una obligación de resultado como ya se explicó.

Una revisión, reorientación o replanteamiento de los contratos de administración permitiría a los intermediarios fijar límites a este tipo de obligaciones de dar, pues no existe norma legal que lo impida. Similar situación aplica para las obligaciones de hacer, caracterizadas por la prestación de servicios, frente a los cuales el contrato de administración se convierte en la herramienta fundamental para definir si dichas prestaciones se limitan a desplegar actuaciones diligentes y cuidadosas, o si debe garantizarse un resultado.

Derivar obligaciones implícitas de un contrato y determinar el alcance de las obligaciones existentes ha sido siempre posible a partir de principios como el de la buena fe contractual. Sin embargo, ello puede ser riesgoso y desventajoso, pues será un juez quien dé contenido y alcance a las obligaciones pactadas cuando surja un litigio, situación que genera incertidumbre para las agencias de arrendamiento. Es recomendable delimitar al máximo las obligaciones, incluso las tradicionalmente implícitas de información, advertencia y consejo, para dotarlas de contenido y de límites. Las agencias de arrendamiento son sujetos profesionales, que deben conocer el tipo de obligaciones a que están sometidas, razón por la cual, es recomendable que por anticipado exista certeza de las prestaciones a ejecutar.

Las agencias pueden pactar claramente que determinado tipo de obligación principal o accesoria sea de medios y no de resultado, de modo que su responsabilidad se limite a desplegar la diligencia y cuidado debido, lo que puede prevenir riesgos y disminuir las potenciales situaciones de incumplimiento. Delimitar así su responsabilidad no implica necesariamente una desmejora en el servicio, o una pérdida de posicionamiento comercial, sino que, por el contrario, puede traducirse en mayor transparencia y confiabilidad para los intermediados, quienes conocerán de antemano el alcance de las prestaciones prometidas, y en esa medida disminuirá los eventuales reclamos por incumplimiento, dado que habrá mayor claridad y se evitarán malentendidos. Al fin y al cabo, la agencia se obliga a cumplir cabalmente su obligación, sea cual sea su naturaleza, de medios o de resultado.*

Sección Primera

* Tamayo Jaramillo manifiesta al respecto que “*todas las obligaciones son de resultado en cuanto a la obtención del resultado mínimo prometido por el acreedor y son de medio o de resultado en la medida en que el deudor se obligue por ley o por el contrato a que, una vez alcanzado ese resultado mínimo de dar, hacer o no hacer, se logre el fin último buscado por el acreedor...*”

GRADOS DE DILIGENCIA Y CUIDADO EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA

Tal y como lo hemos venido mencionando, consideramos que la actividad de intermediación está gobernada en gran medida por obligaciones de medios, cuyo cumplimiento depende de conductas caracterizadas por la diligencia y cuidado con que deben actuar las agencias de arrendamiento.

Sin embargo, las situaciones que pueden presentarse bajo la intermediación no son taxativas y por tanto el grado de diligencia y cuidado exigible no siempre será el mismo. Ante esta situación surgen interrogantes como los siguientes: qué grado de diligencia y cuidado debe la agencia de arrendamiento; cómo saber qué tanta diligencia y cuidado debe desplegarse y cuándo podemos predicar que hay un incumplimiento. Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, haremos una revisión teórica de los criterios que expone la doctrina y finalmente formularemos una apreciación aplicable a la materia.

El **primer criterio** para determinar el grado de diligencia y cuidado exigible en las relaciones contractuales es de naturaleza legal y puede decantarse a partir del estudio de los artículos 63 y 1604 del Código Civil, normas que analizaremos en términos de diligencia y cuidado. El criterio legal está referido a la utilidad que el contrato genera para las partes contratantes, es decir, debe analizarse si el contrato produce beneficios para una o ambas partes contratantes y de allí que se predique la existencia de tres grados de diligencia y cuidado.

Esta clasificación puede exponerse de la siguiente forma: i) cuando el contrato genera beneficios o utilidades solo para el acreedor, el deudor tendrá que emplear una **mínima diligencia y cuidado** en el cumplimiento de sus obligaciones y su responsabilidad será equivalente a una *culpa lata o grave*; ii) cuando el contrato genera ventajas para ambas partes, el deudor debe emplear una **mediana diligencia y cuidado**, pues de lo contrario podría enfrentar un reproche a título de *culpa leve* y iii) cuando el contrato es solo útil para el deudor, se le exige que su conducta este enmarcada en la máxima diligencia y cuidado, pues de lo contrario la *culpa levísima* tendría lugar. La culpa grave, leve y levísima son **conceptos-marco** cuyo contenido fijará el juez en cada caso, y serán el patrón de referencia para analizar la conducta del deudor y concluir si éste tuvo o no culpa, es decir, si cumplió o no (Art. 63 del C. Civil). Ejemplo: el buen padre de familia, el buen médico, etc.

Lo dicho permite afirmar que la culpa en sus diferentes modalidades (grave, leve y levísima), es equivalente a la falta de diligencia y cuidado con que debió actuar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. El grado de conducta, diligencia y cuidado, es fundamental para poder establecer si el accionar del deudor está dirigido a satisfacer los intereses del acreedor, es decir, el artículo 1604 del Código Civil permite efectuar un análisis de la culpa en relación con la diligencia y cuidado desplegado. En este sentido *Fernando Hinestrosa* desarrollando la idea de la

idoneidad en la vigilancia de la cosa que se debe y el interés que cada una de las partes contratantes tiene, manifiesta que el “*surgimiento y (...) desarrollo de los conceptos de culpa y diligencia [conducen] a hablar de grados de una y otra, que se corresponden entre sí, y que la preocupación por encontrar patrones de referencia hizo pensar en la figura del diligens pater familias, como ideal ético con ropaje jurídico*”⁹⁴.

El **segundo criterio** se decanta a partir del último inicio del artículo 1604 del Código Civil y está relacionado con los márgenes de libertad contractual que la autonomía de la voluntad privada le otorga a las partes, pues los contratantes pueden establecer grados de diligencia y cuidado. “*Las normas rectoras, [...] como regla general, - tienen- carácter eminentemente supletivo, pues corresponde a las partes [...] fijar los alcances del contrato que celebran*”⁹⁵.

En la intermediación el contrato de mandato es el escenario ideal para definir conductas de catálogo concreto, determinar los límites y alcances de las obligaciones a contraer, no dejando por fuera situaciones sujetas a interpretación, máxime cuando la condición de experto del intermediario le permite anticipar que prestaciones está en capacidad de cumplir y por tanto, actuar con diligencia y cuidado.

El **tercer criterio** de acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil (inciso 4) permite al juez acudir a criterios distintos al del beneficio que reporta el contrato, **como las circunstancias en que se celebró, el tipo de intereses en juego y las prestaciones de carácter técnico**. Se hace referencia a disposiciones especiales y legales, relacionadas con las profesiones técnicas reguladas por protocolos especiales, que informan cómo debe procederse en determinados casos y sobre los cuales existe una alta unanimidad técnica y científica. En el caso colombiano, a pesar de las cuantiosas y numerosas operaciones sobre bienes inmuebles que se realizan a través de intermediarios, no existe un código técnico que permita inferir el deber ser en las actuaciones, razón por la cual, este último criterio no es el más socorrido, aunque no descartamos que debido al nivel de especialización de ciertas operaciones se genere la necesidad de establecer procesos unánimes y transparentes. Las agremiaciones y lonjas de inmobiliarios, están en mora de consolidar, propiciar y liderar procesos encaminados a la profesionalización de los intermediarios.

Ahora bien, si aplicamos los anteriores criterios a la actividad de intermediación en la celebración de contratos de arrendamiento, podemos afirmar en términos generales, que el intermediario está llamado a emplear en su encargo una mediana diligencia, pues se trata de relaciones comerciales que generan beneficios para ambas partes contratantes. Sin embargo y al margen de los beneficios que pueda

⁹⁴ Hineyrosa, Op. cit., p. 136.

⁹⁵ Bonivento, Op. cit., p.51.

generar el contrato para el intermediario, es claro que el contrato de mandato puede contener obligaciones de medio o de resultado, mismas que inciden en el análisis del grado de diligencia y cuidado exigible para determinar si existe un incumplimiento en sentido material.

Por lo tanto, la responsabilidad del intermediario no se reduce a una culpa leve por la utilidad que genera el contrato de mandato, sino que es la naturaleza de la obligación desde el punto de vista del débito que adquiere el deudor (obligación de medios o de resultado) que puede predicarse un incumplimiento material e imputable.

Así entonces, el inmobiliario que blinda su actividad con contratos de mandato que expresan un catálogo de obligaciones precisas y de medio, le bastará en caso de insatisfacción del deudor, demostrar que empleó la diligencia requerida, acorde con el objeto contratado y que en consecuencia no hay incumplimiento. Por el contrario, si el intermediario no demuestra una mediana diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, estaríamos en presencia de un incumplimiento material, que por vía de presunción se hace imputable, pues al deudor solo le queda demostrar que no habiendo actuado como le era exigible, tal situación tiene su explicación en una causa extraña.

Sección Segunda

CÓMO OPERA EL RÉGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO EN LA PRÁCTICA DE LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA

1. **Cuando la intermediación versa sobre *obligaciones de medios*.** El artículo 1757 del Código Civil prescribe que, *“incumbe a las partes probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas”*, lo cual se complementa con el principio rector del derecho procesal, según el cual, las partes involucradas en el proceso, deben probar los supuestos de hecho de las normas legales que pretenden se apliquen en su favor.

En el caso del acreedor insatisfecho por la prestación de los servicios de intermediación inmobiliaria, debe probar en procura de su pretensión lo siguiente:

- La existencia del contrato celebrado, es decir, probar un contrato de mandato en alguna de sus modalidades ya explicadas.
- Probar la existencia de la obligación incumplida, aspecto para el cual deberá integrar la regla contractual y el contrato celebrado. *“Al acreedor, frente al deudor renuente o incumplido, cualquiera que sea la pretensión que tenga en mente, le*

*es indispensable demostrar la existencia de la obligación*⁹⁶. Este elemento necesario para configurar el juicio de responsabilidad es trascendente, pues a partir de su análisis el juez determina si el régimen aplicable es el de las obligaciones de medio o de resultado, así como qué tipo de obligaciones se incumplieron.

Probar el incumplimiento material, es decir, el acreedor tendrá que enfilar sus esfuerzos para demostrar la ausencia de resultado (para obligaciones de resultado) o que no se desplegó la diligencia y cuidado (en obligaciones de medios). En materia de intermediación inmobiliaria esto equivale a probar que el intermediario no brindó el resultado prometido, no actuó dentro de los términos del contrato, no aplicó con la suficiente experticia sus conocimientos. Probado el incumplimiento material, **se presume que este es imputable al deudor**, a quien, para exonerarse de responsabilidad, solo le queda el camino de probar la ocurrencia de una causa extraña que explique su incumplimiento.

La culpa o incumplimiento en sentido material no se presume, salvo la excepción que consagra el artículo 1730 del Código Civil en las obligaciones de conservar un cuerpo cierto, pues en los demás casos, el acreedor que se considere insatisfecho deberá probar la culpa en sentido material (incumplimiento material), y de ella se deduce por vía de presunción que es imputable.

- El acreedor deberá probar además *el daño y el nexo causal*.

El intermediario demandado debe entonces probar una causa extraña que explique el incumplimiento y lo exonere de responsabilidad. O bien, plantear otras defensas y excepciones, como por ejemplo las siguientes:

- Tanto para obligaciones de medios, como de resultado, el intermediario podrá intentar controvertir el incumplimiento material vía oposición, demostrando que sí cumplió con su obligación, es decir, que sí brindó el resultado prometido (en obligaciones de resultado), o que sí actuó con la diligencia y cuidado debidos (en obligaciones de medios). Esta prueba controvertiría la base misma del incumplimiento material que habría sido alegada por el acreedor.
- De acuerdo con el artículo 1740 del Código Civil, es posible para el deudor demostrar la nulidad del contrato, además para la Jurisprudencia Colombiana es aceptado *“que la nulidad es una sanción legal por omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o contrato, según su*

⁹⁶ Hinestrosa, Op. cit., p. 252.

*especie o la calidad o estado de las partes*⁹⁷. Desconocer lo dicho, daría paso para que un acto viciado de nulidad genere efectos y contrarié el Orden Jurídico.

- Demostrar que la obligación que se dice incumplida nunca fue asumida y que del contrato celebrado no se desprende el interés demandado. Para efectos de esta posibilidad probatoria reiteramos la importancia para el intermediario de apoyar su actividad en contratos de mandato bien elaborados, claros y precisos.
- La excepción de contrato no cumplido, lo cual implica tener claridad de las obligaciones que no se han satisfecho en favor deudor demandado y que le permiten a este asumir una posición de inactividad frente a otras prestaciones que lo vinculan en el contrato.
- Igualmente, el deudor puede hacer uso de lo normado por el artículo 1625 del Código Civil, pues una alternativa es demostrar que la obligación se encuentra extinta, siendo el pago una defensa muy propicia para desvirtuar el incumplimiento material e imputable que se endilga al deudor.

Si el contrato de mandato califica y delimita las obligaciones del intermediario como de medios, le bastará con demostrar que muy a pesar de que el acreedor se queje de no haber obtenido un determinado resultado, tal situación no le es imputable, pues el resultado en sí no era el débito contratado. Así entonces, cuando se trata de un contrato de mandato con obligaciones de medio previamente definidas, pagar significa demostrar que se desplegó la diligencia y cuidado debidos.

En este sentido, es importante resaltar que la sentencia judicial que resuelve el proceso de responsabilidad contractual declara que no hubo incumplimiento porque hubo pago y la no obtención final de un resultado esperado por el acreedor, no hacía parte del alcance de las obligaciones pactadas.

Las quejas e insatisfacciones más recurrentes por parte de quienes contratan los servicios de intermediación inmobiliaria para la administración de sus inmuebles, están referidas a deudas de servicios públicos, daños y faltantes en los inmuebles, terminación anticipada de los contratos de arrendamiento, reformas locativas sin autorización, inadecuada destinación del inmueble, etc., situaciones frente a las cuales es muy complejo garantizar un resultado, pues no dependen exclusivamente del intermediario, sino que tienen un gran componente de “áleas”. Sin embargo, el intermediario responsable y consciente de las obligaciones adquiridas, puede anticipar y recopilar los elementos probatorios necesarios para defenderse de una pretensión de incumplimiento contractual y demostrar que hubo pago, pues sus actuaciones fueron diligentes y cuidadosas en la administración del inmueble.

⁹⁷ Enrique Díaz Ramírez. Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez – nulidad, inexistencia e ineficacia- . En: Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Los Contratos en el Derecho Privado. Colombia : Legis, 2007. p.511-555.

Así por ejemplo, el intermediario que no tiene un sistema de visitas e inspecciones periódicas a los inmuebles arrendados para verificar su estado; que no cuenta con un inventario detallado de las condiciones locativas e iniciales para constatar a la terminación del contrato; que no cuenta con contrato de arrendamiento escritos; que no tiene un protocolo de verificación del estado de pago de los servicios públicos; que no tiene un histórico de reparaciones efectuadas a los inmuebles; que no informa oportunamente al propietario de los inconvenientes surgidos en la administración, etc., no podrá demostrar que cumplió y nótese que, ninguna de las acciones descritas está encaminada a garantizar un resultado específico, sino más bien, gestiones que emprendería un hombre razonable en la administración de sus propios negocios.

Esta posibilidad que tiene el deudor de demostrar el pago, puede clasificarse como una *defensa vía oposición* a las pretensiones de incumplimiento contractual, camino que consideramos más benéfico desde el punto de vista probatorio; pues la *defensa vía excepción*, es decir, probando la causa extraña es más compleja. En este último caso, el deudor reconoce el incumplimiento (la culpa en sentido material) pero enfila sus esfuerzos para demostrar que el acto culposo no le es imputable y que su ocurrencia se explica a partir del acaecimiento de una causa extraña. Al respecto *Tamayo Jaramillo* plantea el tema afirmando que:

(...) en determinadas condiciones, el demandado que físicamente ha causado el daño puede alegar que, pese a esa imputación material, la causalidad jurídica no existe porque el daño es imputable a un evento exterior completamente inevitable. Cuando esto ocurre, nos encontramos en presencia de lo que la doctrina, la ley y la jurisprudencia denomina como una causa extraña⁹⁸.

En similares términos *Roger Dalco* citado por el mismo *Tamayo Jaramillo* afirma que:

(...) aportando la prueba de la causa extraña, el demandado demuestra que el daño producido tiene otra causa diferente de su actividad y que, en consecuencia, él nunca ha sido el responsable. El demandado aporta la prueba de que erróneamente una presunción de responsabilidad ha sido invocada contra él⁹⁹.

2. Cuando la intermediación versa sobre obligaciones de resultado. El acreedor perjudicado (el intermediado) deberá probar la existencia del contrato, la existencia

⁹⁸ Tamayo, Op. cit., tomo II, p. 5.

⁹⁹ Tamayo, Op. cit., tomo II, p. 6.

de una obligación de resultado a cargo del intermediario, el incumplimiento material, es decir, el no resultado como un hecho objetivo del cual se desprende el incumplimiento imputable, el daño y el nexo causal. La variación aquí para el acreedor, respecto de la obligación de medios, es que debe probarse no la ausencia de la diligencia y cuidado, sino la ausencia del resultado prometido por el deudor.

El deudor deberá enfilarse sus esfuerzos a demostrar que no existe incumplimiento, que hubo pago, que el resultado sí se brindó, que es completo y oportuno. Esta defensa vía oposición es muy efectiva, pues si la compañía inmobiliaria en caso de haberse obligado por ejemplo a garantizar el pago, cuenta con una buena organización administrativa podrá allegar documentos tales como: soportes bancarios de pago, extractos de cheques, transferencia de una cuenta a otra, giros postales, giros bancarios, remesas, etc., es decir, elementos probatorios expeditos para demostrar el pago.

Probar el cumplimiento de la obligación de resultado recae plenamente en el intermediario inmobiliario, de allí que si este no se hizo, se hizo parcial o se hizo extemporáneamente, solo le queda el camino de la causa extraña, que tratándose de una obligación dineraria de resultado es de suma dificultad. El intermediario que en desarrollo de sus funciones se obliga a garantizar resultados como por ejemplo, el pago oportuno del canon, de los servicios públicos, del correcto estado de conservación del inmueble, etc., no puede sustentar el incumplimiento de sus obligaciones en la conducta de terceras personas como el arrendatario, pues la causa extraña debe constituir un elemento externo, imprevisible e irresistible para el deudor.

No existiendo en un determinado caso discusión frente a las obligaciones de resultado pactadas en el contrato de administración, el intermediario tendrá como único camino para excusar su incumplimiento, el caso fortuito o fuerza mayor, el cual insistimos es de compleja apreciación y consolidación procesal.

Sección Tercera

ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS SOBRE OBLIGACIONES DE MEDIOS EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA

Las obligaciones claramente definidas como de medios se tendrán por cumplidas una vez el intermediario emprenda y ejecute conductas que reflejen diligencia, cuidado y experticia en el acatamiento de las prestaciones acordadas. Es decir, cuando la actuación del intermediario se enmarca bajo los parámetros del cuidado

que emplean los comerciantes calificados en las actividades encomendadas, puede afirmarse que existe pago.

Omitir la ejecución de alguna conducta, mecanismo o instrumento a disposición del intermediario, o hacerlo imperfecta o tardíamente, configura un ***incumplimiento en sentido material***. Por tanto, si el acreedor se queja del no resultado bajo el argumento y efectiva prueba de que el deudor no empleo todos los medios a su alcance, se habrá configurado una ***culpa en sentido material***, es decir, uno de los elementos necesarios para adelantar el juicio de responsabilidad contractual.

Tal y como se expresó en líneas precedentes, uno de los principales intereses de quienes contratan los servicios de intermediación inmobiliaria, es el pago oportuno de los dineros obtenidos del arrendamiento. Sin embargo, viene cobrando especial importancia entre los intermediados lo atinente a deudas por servicios públicos, el cuidado, mantenimiento y estado locativo de los inmuebles, habida cuenta de los detrimentos patrimoniales que puede ocasionar un manejo inidóneo de estos aspectos.

Para ilustrar el tema se exponen los siguientes casos que son de habitual ocurrencia y que generan permanentes reclamaciones por arrendatarios y propietarios de inmuebles.

Caso No. 1. Si el intermediario se viere abocado a enfrentar las consecuencias del artículo 1990 del C.C. -terminación del contrato o rebaja de la renta- perjudicando patrimonialmente al propietario del inmueble, deberá demostrar que desplegó una serie de conductas encaminadas a verificar las buenas condiciones de uso y goce del bien arrendado. En este mismo sentido el artículo 1991, inciso 1° del Código Civil, establece la indemnización del daño emergente, aplicable en aquellos eventos en que la causa del mal estado locativo es anterior al contrato. Esta última hipótesis es de frecuente ocurrencia, pues muchas agencias de arrendamiento administran repetidamente un mismo inmueble a lo largo de varias relaciones contractuales, lo cual les permite contar con la información necesaria para conocer las posibles falencias locativas del bien y prevenir estas situaciones.

El inciso 2° del artículo 1991 prescribe la obligación de indemnizar el lucro cesante del arrendatario, cuando los vicios eran conocidos por el arrendador al tiempo del contrato, o eran tales que podían ser previstos no solo por los antecedentes del inmueble, sino por su profesión. Al respecto de esta norma, es complejo para un intermediario dar certeza de que un inmueble no presenta anomalías que puedan afectar su uso y goce, pero consideramos que se trata de una obligación de medios y por tanto le será exigible demostrar que emprendió todas gestiones necesarias para evitar las indemnizaciones y perjuicios que esto podría causar al arrendatario y al intermediado.

En cuanto a las condiciones locativas del inmueble al inicio del contrato, un comerciante profesional estaría obligado a emprender las siguientes conductas promedio:

- Llevar un registro de las reparaciones y mantenimientos efectuados a los inmuebles que habitualmente administra.
- Exigir a los arrendatarios que desarrollan actividades de alto desgaste para los inmuebles (como por ejemplo: carpintería, lavandería, tintorerías, manejo de productos químicos, pinturas, etc.) que demuestren las buenas condiciones en que quedan las redes de acueducto, alcantarillado, pisos, etc. y de esta forma garantizar condiciones de uso y goce para posteriores arrendatarios.
- Abstenerse de arrendar inmuebles cuya apariencia física evidencia malas condiciones. Sin embargo, se presentan casos en los cuales potenciales arrendatarios asumen recibir los inmueble en malas condiciones y llevar a cabo las reparaciones que sean necesarias, caso en el cual el artículo 1992 del Código Civil, posibilita esta situación señalando expresamente cuales son las falencias y vicios.

El documento ideal para dejar constancia de estas situaciones es el inventario, al cual se hace mención con mucha frecuencia en la actividad de intermediación, pero al cual no se le otorga la importancia debida. En muchas ocasiones se trata además de formatos pre-impresos, los cuales no aplican para todos los inmuebles; se diligencian con errores; las descripciones son imprecisas, no se suscriben por el arrendatario o se diligencian con posterioridad a la entrega del inmueble.

El artículo 2005 del Código Civil, establece como obligación a cargo del arrendatario restituir a la finalización del contrato la cosa en el estado en que le fue entregada, salvo los deterioros ocasionados por el uso y goce legítimos. Esta disposición normativa genera para el intermediario la obligación de documentar el estado locativo del inmueble al inicio del contrato y de esta forma contar con los elementos probatorios para exigir al arrendatario las condiciones en las cuales debe restituirse a la finalización del contrato. El inventario permite además sustentar ante el intermediado, que los daños y desgaste que eventualmente presente el inmueble a la terminación del contrato, no corresponden a daños ocasionados por el arrendatario, sino al uso y goce legítimo anunciado desde el inicio del contrato y que no es posible exigir que el inmueble se restituya en perfectas condiciones.

Los siguientes modelos de cláusulas se han extraído de contratos de mandato o administración* y ejemplifican la materia:

Ejemplo No. 1:

El administrador no asume responsabilidad por daños, pérdidas y/o depreciaciones que sufra el inmueble por cualquier causa, proveniente o no del uso del inmueble o derivadas por mal uso del mismo, sus componentes o partes que se detallan en el inventario anexo al contrato de arrendamiento; de igual manera, el administrador no responderá por la destrucción total o parcial del inmueble. Si se presentase alguno de los anteriores eventos El Propietario no podrá exigir a El Administrador ningún tipo de indemnización, ni arreglo de los daños, pérdidas o depreciaciones. Será causal de terminación del contrato la destrucción total o parcial del inmueble, de manera que tal evento haga imposible la continuidad del contrato de arrendamiento sobre el mismo.

Este límite a la responsabilidad no es absoluto, pues si bien es cierto el intermediario no asume la reparación de los daños, ni inicia las acciones judiciales por el incumplimiento contractual, si será requerido muy seguramente por el intermediario para que presente el inventario inicial y demás documentos probatorios que demuestren el incumplimiento del arrendatario en la conservación del inmueble.

Ejemplo No. 2:

*LA ADMINISTRADORA no será responsable ante EL PROPIETARIO (...) en ningún caso responderá por los deterioros o daños que el arrendatario o las personas a su cargo causen al bien arrendado, **pero sí adelantará las gestiones extrajudiciales tendientes a obtener el reconocimiento y pago de los mismos.** PARÁGRAFO: LA ADMINISTRADORA le ofrecerá al propietario un seguro adicional de servicios y daños y faltantes de inventario el cual es potestativo de este tomarlo.*

En este caso la regulación utilizada por el inmobiliario lo obliga a realizar gestiones extrajudiciales, las cuales consideramos no se limitan a los requerimientos verbales y escritos, sino que podrían incluso extenderse a las gestiones necesarias para citar a audiencia de conciliación al arrendatario y lograr de alguna forma la reparación del inmueble o una compensación económica.

Ejemplo No. 3:

* Por razones de confidencialidad y respeto, se omite el nombre de las compañías inmobiliarias de las cuales se han extraído los ejemplos de cláusulas utilizadas para ejemplificar este tema.

*LA ADMINISTRADORA (...) En ningún caso responderá por los daños o deterioros que el arrendatario o las personas que estén a su cargo le causen al bien arrendado, pero si adelantará las **gestiones que estén a su alcance, tendientes a obtener el reconocimiento y el pago de los mismos. Los gastos en que incurra en esta gestión serán por cuenta y riesgo del PROPIETARIO.***

La anterior regulación prescribe como obligación a cargo del intermediario hacer gestiones que estén a su alcance, debiendo asumir el propietario los gastos que estas demanden, pero siempre por cuenta y riesgo de este último. Es decir, se limitan las obligaciones del intermediario y la decisión de cómo proceder para intentar la reparación del inmueble vincula al propietario, pues finalmente este asume el resultado de la reclamación y los costos económicos.

Ejemplo No. 4:

La agencia inmobiliaria reconocerá el costo que se genere por daños causados por el mal uso, previa verificación del inventario final, contra el inventario inicial; en ningún caso se reconocerán costos por deterioro de la propiedad, pintura u otros, que sean producto del uso del bien inmueble por parte del arrendatario”.

En este caso el intermediario asume la responsabilidad por los daños que sean consecuencia del mal uso del inmueble, lo cual puede llegar a ser muy oneroso, pues esto implicaría estrictos controles sobre los arrendatarios y en realidad poco útiles cuando los daños ya se han causado. Ahora bien, el camino de las acciones judiciales no es menos complejo, pues la negativa de un arrendatario de reconocer su responsabilidad en la comisión de daños locativos implica una sentencia de incumplimiento contractual y muy seguramente un proceso para ejecutar la condena, es decir, trámites ajenos a la actividad de intermediación, que restan recursos para el crecimiento empresarial y comercial de las agencias de arrendamiento.

Asumir responsabilidades por daños derivados del mal uso constituye una obligación de proporciones considerables, pues en casos que se presentan con cierta frecuencia como los inmuebles abandonados, la extinción o muerte de los arrendatarios, la ocupación anormal por parte de terceros, etc., los inmuebles suelen presentar graves daños locativos.

Por estas razones, consideramos que asumir obligaciones de esta naturaleza desborda los servicios de intermediación, máxime cuando las posibilidades de recuperar los costos asumidos ante el intermediado son complejas e inciertas.

- Realizar minuciosos inventarios de entrega, con sus respectivos registros fotográficos y fílmicos de ser necesario. Corresponde al intermediario levantar el

inventario del inmueble que pretende arrendar, lo cual deberá hacer utilizando todos los medios tecnológicos a su disposición. Esta actividad debe desarrollarse con una antelación que permita determinar el verdadero estado del inmueble y tomar decisiones con el intermediado para llevar a cabo posibles reparaciones. Además, recomendamos que las anomalías locativas que se identifiquen en el levantamiento del inventario, sean informadas sin excepción al intermediado, quien posteriormente no podrá argumentar desconocimiento.

Realizar el inventario con posterioridad a la entrega del inmueble, o no estar suscrito por el arrendatario, puede constituirse en una clara prueba de la falta de diligencia y cuidado del intermediario, pues este tipo de situaciones son aprovechadas por los arrendatarios para presentar reclamaciones por daños y defectos locativos.

- Dejar constancia de la entrega de manuales de funcionamiento de ciertos aditamentos como por ejemplo, equipos de alarma, monitoreo, aires acondicionados, capacidad portante de pisos, en fin, de todas aquellas características y especificidades que fueron relevantes para que el arrendatario celebre el contrato.
- En el caso de inmuebles que son administrados por primera vez, la agencia de arrendamiento debe tomar las medidas necesarias para que el propietario asuma la responsabilidad por situaciones frente a las cuales no sea posible prever el verdadero estado del bien.

Si el intermediario no acredita gestiones o conductas similares a las que hemos enunciado, será responsable no de los daños como tal, sino de las consecuencias que sus omisiones hayan causado al arrendatario y al propietario, salvo que demuestre una causa extraña. En este sentido y siguiendo a *Fernando Hinestrosa*¹⁰⁰ se trata de medidas orientadas a precaver posibles incumplimientos, y el acreedor tiene que intentar aminorar los riesgos, prever las situaciones desfavorables para el deudor que por su condición de experto en la materia le son conocidas y en general, evitar situaciones de las cuales pueda predicarse un incumplimiento imputable.

Caso No. 2. En materia de servicios públicos (energía, acueducto, alcantarillado, saneamiento, etc.) hay una tendencia gremial a pactar que el intermediario no se hace responsable, ni garantiza que los inmuebles sean restituidos a paz y salvo por estos conceptos. Un ejemplo de la forma como se está regulado en la práctica el tema es el siguiente:

EL ADMINISTRADOR no responde por el pago de cuentas de servicios públicos que deba el arrendatario al momento de la terminación del contrato de arrendamiento, bien sea que esta se produzca por vencimiento del término

¹⁰⁰ Hinestrosa, Op. cit., p.562.

inicial, por mutuo acuerdo, por abandono del inmueble, o por proceso de lanzamiento. EL ADMINISTRADOR tampoco se hace responsable por servicios públicos adicionales (como redes de gas, servicios de telefonía, televisión, aumentos de capacidad de energía, acueducto y alcantarillado, créditos o servicios de financiación adquiridos sobre el inmueble, etc.) contratados directamente por el arrendatario, con o sin autorización del propietario.

Sin embargo, existen algunas conductas que garantizan una gestión diligente y evitan un detrimento económico para el intermediario y el arrendatario. Es decir, que frente al tema de los servicios públicos si bien es cierto no existe una obligación de resultado según el ejemplo de la cláusula que hemos transcrito, el intermediario por su condición de especialista está obligado a ser diligente y cuidadoso para precaver dificultades en esta materia.

Así por ejemplo, se presentan eventos en los cuales el intermediario entrega en arrendamiento un inmueble sin verificar el estado de pago de los servicios públicos y estando el arrendatario en posesión material de la cosa, dichos servicios se suspenden por el no pago, generándose perjuicios para el arrendatario que ve truncadas sus posibilidades de usar y gozar en condiciones normales. En estos casos el intermediario está obligado a desplegar ciertas conductas, que a pesar de ser evidentes no se ejecutan, como por ejemplo:

- Definir con el propietario del inmueble o intermediario quién asume la responsabilidad de recoger y pagar las cuentas de servicios públicos mientras el inmueble permanezca desocupado. Un ejemplo muy común de la forma como se regula el tema es el siguiente:

OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO: Cancelar las cuentas de servicios públicos y telecomunicaciones a cargo del inmueble, cuando este no se encuentre arrendado y esté vigente el contrato de mandato con LA ADMINISTRADORA.

OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRADORA: Cancelar las cuentas de servicios públicos, impuesto predial y demás a cargo del inmueble, cuando estas fueren obligación exclusiva del PROPIETARIO y el no pago conlleve un perjuicio para el arrendatario.

- Adelantar las gestiones para la liquidación y cobro de las cuentas de servicios públicos que correspondan al último arrendatario del inmueble.
- Verificar que el inmueble no haya sido gravado con deudas de servicios públicos financiadas por el arrendatario.

- Exigir a la terminación del contrato de arrendamiento que los servicios especiales, contratados por el arrendatario se retiren de la suscripción de servicios públicos básicos.
- Exigir al intermediado como requisito previo al arrendamiento del inmueble, acreditar el pago de la última cuenta de servicios públicos.
- Informar al arrendatario y dejar constancia en el contrato de arrendamiento de aquellos servicios públicos que son compartidos, el mecanismo de liquidación mensual, y su forma de pago.
- No Autorizar sin el consentimiento del propietario el aumento de la capacidad de energía, pues se incrementan los costos por consumos mínimos, y se perjudica al propietario en la medida en que existe una solidaridad legal (artículo 18 de la Ley 689 de 2001) por los consumos de servicios públicos no pagados por el arrendatario. Los aumentos de capacidad de energía pueden autorizarse ya que son necesarios para el desarrollo de ciertas actividades comerciales, lo importante es dejar constancia entre el intermediado y el arrendatario de las obligaciones que cada uno adquiere en caso de terminación del contrato de arrendamiento.
- Oficiar a las empresas prestadoras de servicios públicos para que las deudas que correspondan a consumos refinanciados por el arrendatario, no se cobren al propietario del inmueble, al igual que servicios especiales que no se consideren como básicos.

Los daños ocasionados a un arrendatario por el corte o suspensión intempestiva del suministro de servicios públicos y cuya causa sea el no pago de facturas anteriores a la vigencia del contrato, evidencia una actuación poco diligente y descuidada del agente intermediario. Un verdadero profesional debe garantizar a partir de una serie de conductas preventivas, que el arrendatario no enfrentará problemas de este tipo.

Caso No. 3. Los artículos 1982 Num. 1°, 1983 y 1984 del Código Civil desarrollan lo atinente a la entrega de la cosa arrendada al arrendatario, además de las consecuencias que se derivan de posibles incumplimientos que pueden ser plenos (imposibilidad de entregar la cosa) o tardíos (mora en la entrega).

La promoción u oferta de inmuebles para ser arrendados a través de agencias de arrendamiento, genera entre el público la convicción de que el intermediario está facultado y autorizado para celebrar contrato de arrendamiento, según la vocación comercial o habitacional que corresponda a cada inmueble. Sin embargo, en esta primera etapa que podemos calificar como precontractual, el intermediario acucioso debe tener certeza de la disponibilidad material del inmueble para ser entregado en arrendamiento, además de la autorización del propietario, pues no de otra forma

podrá cumplir con su obligación final de resultado, cual es la entrega del bien una vez definidos los términos y condiciones del contrato de arrendamiento.

El intermediario en esta primera etapa de su proceso comercial de arrendamiento está obligado a observar una serie de conductas cuidadosas y diligentes, para precaver posibles controversias al momento de entregar la cosa, pues en nuestro medio la consignación de inmuebles para ser arrendados suele ser un acto verbal, en el cual no se documentan las obligaciones, derechos que corresponden a los contratantes, rango de acción y decisión del intermediario frente a los términos y condiciones del contrato de arrendamiento, etc.

Este tipo de vacíos contractuales y legales en la consignación de los inmuebles, puede generar situaciones como las siguientes:

- El inmueble ya no está disponible, pues se arrendó a través de otra compañía inmobiliaria (artículo 1980 C.C.)
- Un actual ocupante del inmueble que había anunciado su intención de no renovar el contrato se retracta y se niega a restituirlo.
- El propietario cambia de parecer y decide no arrendar.
- El propietario no asume o retarda la obligación de adelantar reparaciones necesarias e indispensables para poder ocupar el inmueble, generando en el arrendatario la pérdida del interés contractual.
- El cambio intempestivo en las condiciones y términos del contrato que inicialmente habían sido autorizados al intermediario y que posteriormente se revocan.

Las siguientes corresponden a sencillas conductas que podrían adelantar los intermediarios, no para garantizar un resultado, sino para prevenir dificultades en la entrega del bien arrendado que finalmente afecten al arrendatario y al propietario:

- Suscribir contratos, actas de compromiso, órdenes y/o autorizaciones en las cuales se fijen las facultades y prerrogativas del intermediario para la promoción del inmueble, definir los términos y condiciones bajo los cuales sería posible celebrar contrato de arrendamiento.
- Nunca ofertar un inmueble sin previamente asegurarse de su disponibilidad para arrendar.

- Tener conocimiento del tipo de destinaciones que está dispuesto a aceptar el propietario del inmueble, pues muchas veces solo se conoce la real dimensión del uso cuando el inmueble ya ha sido arrendado y ocupado.

Una de las labores que debe asumir con diligencia el intermediario cuando se trata de inmuebles comerciales, es tener un importante grado de certeza de las actividades comerciales o industriales que se pretenden llevar a cabo. Esta actividad implica no solo indagar preliminarmente por la destinación que se desea dar al inmueble, sino que tratándose de personas jurídicas el objeto social puede ilustrar la materia, e incluso la visita a las instalaciones del potencial arrendatario brindan un panorama de su actividad.

En este sentido es normal por ejemplo encontrar propietarios que por cuestiones morales no desean que sus inmuebles estén dedicados a actividades de entretenimiento nocturno, discotecas, venta de licor, casinos, cultos religiosos, etc., además de consideraciones encaminadas a evitar el alto deterioro y riesgo que ciertas actividades generan, como sería el caso de fábricas de pinturas, aserríos, calderas, hornos, productos inflamables, etc. Por tales razones, es una obligación del intermediario informar previamente al propietario del inmueble las actividades de los potenciales arrendatarios, brindándoles la oportunidad de decidir y evitar posteriores reclamaciones por deterioros normales y derivados de una actividad que fue previamente anunciada por el arrendatario.

- Si la disponibilidad del inmueble depende de la entrega de un actual ocupante, se deberá dejar constancia en el nuevo contrato de esta condición, dejando a salvo la responsabilidad del intermediario si se hace imposible proceder con la entrega material.
- En el caso de inmuebles que requieran reparaciones a cargo del propietario para garantizar mínimas condiciones de uso y goce, se recomienda no suscribir el contrato de arrendamiento hasta tanto las mismas se hayan efectuado. Igualmente, es importante suscribir documentos que vinculen al propietario del inmueble y al arrendatario, en los cuales se deje constancia de quien asume la ejecución, los costos, alcances de la intervención y en general de aquellos aspectos de delimiten las condiciones de tiempo y modo en que se llevaran a cabo.

El intermediario y especialmente sus agentes, deben ser muy cautelosos en la forma como intervienen en estos asuntos, pues en el afán por concretar negociaciones, se prometen reparaciones y adecuaciones sin contar con el consentimiento del propietario del inmueble. Estas situaciones pueden agravarse cuando la ejecución de dichos trabajos se convierte en la causa que motiva la celebración del contrato de arrendamiento, caso en el cual la agencia arrendadora tendrá que asumir el cumplimiento de sus ofrecimientos.

En estos casos en los cuales el intermediario se ve inmerso en dificultades para entregar el inmueble una vez celebrado el contrato de arrendamiento, puede afirmarse que su responsabilidad no se genera “por el mero hecho de que el objetivo no se logre, por lo mismo que su obtención no es riesgo suyo; responderá, apenas, en el evento de que el fracaso sea imputable a su incuria, negligencia, imprudencia, impericia, deficiencia”¹⁰¹.

Caso No. 4. Un tema relacionado con el arrendamiento de inmuebles, es la alta propensión que algunas actividades o destinaciones industriales tienen de generar incendios, poniendo en riesgo el inmueble arrendado, los inmuebles vecinos y las personas.

De acuerdo con el artículo 1997 del Código Civil, el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, so pena de responder por los perjuicios que cause, de allí que si por ejemplo, el inmueble se ve inmerso en una conflagración cuya causa es la actividad que desarrolla el arrendatario, este como garante y responsable de controlar el riesgo debe responder por los daños causados.

Sin embargo, existen una serie de medidas preventivas que el intermediario dada su condición de comerciante especializado debe emprender, no solo para proteger el inmueble como tal, sino además, para que el propietario en caso de un siniestro cuente con un amparo. Estas medidas son las siguientes:

- Identificar plenamente la destinación que se pretende dar al inmueble, tal y como se explicó en el caso No. 1.
- Identificar las actividades que normalmente las aseguradoras no amparan debido a su alta siniestralidad.
- Concertar con el intermediario las actividades que ameritan la exigencia de una póliza de incendio como obligación a cargo del arrendatario.
- Informar a los potenciales arrendatarios que desarrollan actividades consideradas como de alta siniestralidad, que será una obligación contractual la adquisición de una póliza de incendio que ampare el inmueble arrendado. Además de mantenerla vigente durante toda la vigencia del contrato.
- Consultar con el propietario del inmueble el valor por el cual el arrendatario debe tomar el seguro, ya que una errada apreciación del intermediario lo puede hacer

¹⁰¹ Hinestrosa, Op. cit., p. 249.

responsable de las consecuencias de un *infraseguro* o *sobreseguro* en caso de siniestro.

- Exigir al arrendatario que presente copia de la póliza de incendio que ampara el inmueble, que el monto asegurado sea el indicado y que el beneficiario del riesgo sea el propietario.
- Consultar con el propietario si el inmueble está asegurado, pues en caso positivo el intermediario tiene la obligación de informarle de la nueva destinación para que se actualice el estado del riesgo. En este sentido es importante que el contrato de arrendamiento incluya una cláusula en virtud de la cual el arrendatario asume el sobrecosto que pueda tener la póliza, si esta se incrementa por el riesgo que genera la destinación. Un ejemplo de este tipo de cláusulas es el siguiente:

Los arrendatarios pagaran la diferencia del valor que resulte en el seguro de incendio del inmueble, si la tasa se modifica por causa de la destinación.

- Cuando el inmueble arrendado está asegurado directamente por el propietario, el intermediario debe informar al arrendatario sobre las recomendaciones y garantías que exige el asegurador para mantener el amparo. Esto implica además, realizar visitas para verificar que dichas acciones se estén cumpliendo y poder tomar las medidas necesarias, pues si el asegurador negare el pago de un siniestro argumentando la desatención de garantías, el intermediario deberá demostrar que fue diligente informando de las mismas, que realizó visitas para verificar su implementación y que todo este protocolo siempre fue debidamente informado al intermediario.

El intermediario no puede garantizar la no ocurrencia de un incendio en el inmueble arrendado y no debería asumir la responsabilidad por los daños que se causen como consecuencia de estas situaciones, pues consideramos que sería una obligación que desborda la naturaleza y filosofía de los servicios de intermediación. Cualquier tipo de inmueble es susceptible de verse inmerso en un incendio, incluso cuando son destinados para actividades de bajo impacto, pues en algunas ocasiones los riesgos están dados por factores naturales como la propensión a los rayos, descargas eléctricas, altas temperaturas, acciones humanas como el tema de juegos pirotécnicos, pólvora, globos, etc.

Por esta razón, el contrato de administración es la herramienta ideal para indicar que el intermediario no asume responsabilidad por los daños que cause un incendio al inmueble arrendado y que corresponde al propietario procurarse un seguro que ampare su activo, ya que pueden presentarse casos en los cuales el arrendatario teniendo la tenencia del inmueble se niega a adquirir el seguro, no lo renueva o el asegurador por alguna razón lo cancela.

En términos generales el intermediario no asume una obligación de resultado en materia de incendios, pero de acuerdo con lo dicho, son múltiples las gestiones que debe adelantar y documentar. En caso de presentarse un incendio en el inmueble arrendado y verificarse por ejemplo que, la destinación nunca fue consultada, ni autorizada por el propietario, que nunca se informó del aumento del riesgo, que nunca se informó de las garantías al arrendatario, etc., el intermediario podría ver comprometida su responsabilidad por daños derivados de sus omisiones.

Algunos ejemplos de la forma como se regula este tema en los contratos de administración son los siguientes:

Ejemplo No. 1

Obligaciones del propietario: (...) EL PROPIETARIO debe contratar con una compañía de seguros reconocida, los amparos contra incendio, terremoto, y demás eventos que atenten contra la integridad del inmueble como tal, no de sus contenidos.

Ejemplo No. 2

EVENTOS SIN RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA INMOBILIARIA. *No se responsabilizará a la AGENCIA INMOBILIARIA por (...) incendios, desastres naturales o causas fortuitas que puedan ocurrir en el inmueble objeto de contrato.*

Ejemplo No. 3.

EL PROPIETARIO asume la responsabilidad de mantener asegurado su inmueble entre otros contra los riesgos de incendio, terremoto, inundación, asonada y actos mal intencionados, terrorismo, responsabilidad civil y será por su cuenta y riesgo adquirir las pólizas de seguros y mantenerlas renovadas durante la vigencia de este contrato.

Sección Cuarta

ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS SOBRE OBLIGACIONES DE RESULTADO EN LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA.

Las partes contratantes cuando se trata de relaciones comerciales, pueden acordar las obligaciones o prestaciones que sean de su interés y conveniencia, siempre que no se contraríen normas legales de imperativo cumplimiento, es decir, existe un considerable margen de libertad para actuar en virtud de la autonomía de la voluntad privada. Estas libertades permiten a los inmobiliarios fijar sus políticas de administración, las cuales en algunos casos son conservadoras dependiendo de los clientes, la importancia del contrato, la posibilidad de obtener ganancias, acaparar

negocios, etc., es decir, se asumen grandes y cuantiosas responsabilidades según las condiciones de cada negociación.

Es así de esta forma, como muchas de las obligaciones del mandatario que naturalmente consideramos como obligaciones de medio, se pactan como obligaciones de resultado, tema que de principio carecería de un cuestionamiento jurídico, pues cada contratante es libre de obligarse según sus posibilidades. Sin embargo, es importante mencionar que la falta de profesionalización de la actividad, el surgimiento de las llamadas “*agencia de garaje*” y la competencia por administrar la mayor cantidad posible de inmuebles, ofreciendo y garantizando resultados, esta generado un descrito gremial, pues a la hora de responder por los compromisos adquiridos estos no siempre se materializan.

A continuación analizaremos una situación que se viene presentando con cierta regularidad en la intermediación inmobiliaria y que podemos encuadrar en las obligaciones de resultado. Se trata de ofrecimientos en los cuales se garantiza el pago del canon de arrendamiento pague o no pague el arrendatario y muy recientemente el pago de las cuentas de servicios públicos no canceladas por el arrendatario a la terminación del contrato. En estos casos, el contrato de administración expresa como obligación a cargo del mandatario, el pago de una suma de dinero en un determinado plazo mensual, sin que aspectos como la diligencia y cuidado en el recaudo de la renta, el estudio de las condiciones de pago del arrendatario, etc., influyan en el cumplimiento de dicha obligación, es decir, basta con verificar si mensualmente y dentro de las fechas establecidas, el mandante recibe su dinero por el hecho de estar el inmueble arrendado.

Aquí lo realmente importante es si hay o no resultado, es decir, el no resultado conduce a la culpa en sentido material y el no pago según lo pactado en el contrato de administración hace que el incumplimiento del intermediario sea imputable, quedando como única alternativa de defensa el complejo camino de la causa extraña para exonerarse de responsabilidad.

El cumplimiento de esta obligación pecuniaria no permite al intermediario excusarse en situaciones derivadas del contrato de arrendamiento, como serían la mora en el pago del canon, el cambio de arrendatario, la cesión o subarriendos no autorizados, la negativa de formalizar el acuerdo de renovación, etc., pues se trata de hechos ajenos al resultado garantizado y el intermediario asume dichas situaciones como riesgos propios del negocio que celebra. El pago implica además, como lo menciona *Fernando Hinestrosa*¹⁰² que este es indivisible y debe hacerse como un todo unitario, muy a pesar de la divisibilidad que puede tener la obligación pecuniaria.

Así entonces, quienes garantizan el pago del canon con la única condición de que el inmueble se encuentre arrendado, fácilmente incurren en responsabilidad

¹⁰² Hinestrosa, Op. cit., p. 628.

contractual cuando hacen pagos parciales o por fuera de los plazos previamente establecidos, pues no se dimensiona financieramente el costo de asumir el pago de altos cánones de arrendamiento que finalmente pueden ser de dudosa recuperación para el intermediario.

Nuevamente insistimos que garantizar un resultado, en este caso el pago del canon dentro de un determinado plazo, encierra complejidades y altos riesgos que en nuestro sentir desbordan filosóficamente la figura de la intermediación, pues ni siquiera el propietario que administra y arrienda con diligencia directamente sus inmuebles, puede garantizar que tendrá oportuna y puntualmente el canon de arrendamiento. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia manifiesta reiteradamente lo siguiente:

(...) la actividad desplegada por el mandatario con el fin de ejecutar la misión confiada debe encausarse a procurar el beneficio de los intereses del mandante "... y lo que mejor convenga al negocio que le ha sido encomendado, a fin de obtener el mayor provecho y el menor costo, tomando por lo menos todas las previsiones que habría adoptado el mandante de haber intervenido directamente" (G.J.t. CCIV, pág.92).¹⁰³

El pago oportuno y dentro de los plazos previamente definidos con el intermediado, aplica igualmente para quienes respaldan el pago a través de seguros de arrendamiento, fianzas inmobiliarias o cuando simplemente el arrendatario paga, es decir, si la inmobiliaria recibe los dineros por vías del arrendatario, de las compañías aseguradoras o afianzadoras, este debe ser pagado al intermediado, so pena de configurarse un incumplimiento. Algunos ejemplos de la forma como este tema es regulado en los contratos de administración son los siguientes:

Ejemplo No. 1:

LA ADMINISTRADORA reconocerá y cancelará al PROPIETARIO, un canon por valor de (...) mensuales, dentro de los diez días siguientes al vencimiento de cada período mensual (...) obligación que deberá cumplir LA ADMINISTRADORA durante el tiempo en que el inmueble este física y materialmente ocupado por EL ARRENDATARIO, y cesará cuando éste, le sea entregado a LA ADMINISTRADORA.

Este ejemplo ha sido extraído de un contrato titulado como *contrato de mandato de inmueble con canon garantizado* y consideramos que el intermediario ha adquirido indiscutiblemente una obligación de resultado frente al tema del pago del canon al propietario, con la única condición de que el inmueble permanezca ocupado materialmente por el arrendatario.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente RAMIREZ GOMEZ, José Fernando. Referencia: Expediente No. 4821, 24 de agosto de 1998.

Ejemplo No. 2:

EL ADMINISTRADOR pagará al propietario el valor de los cánones recibidos del arrendatario dentro de los ocho (8) días hábiles de cada periodo mensual, de acuerdo con el periodo regulador de los pagos, sin intereses de plazo. Si el canon debiera ser cubierto por la aseguradora o afianzadora o fianza, se pagarán dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que la aseguradora o afianzadora realice el pago de los mismos.

En caso de renovación, modificación o reajuste al canon de arrendamiento, el administrador empezará a pagar los cánones al propietario una vez este formalizado el acuerdo de renovación, modificación o reajuste respectivo entre los arrendatarios y el administrador y el primer canon haya sido efectivamente cancelado por estos al administrador.

En caso de mora en el pago del canon de arrendamiento por parte del arrendatario, en el mes en el cual deba empezar a regir un incremento o reajuste, la compañía aseguradora o afianzadora reconocerá el siniestro por mora con el valor que venía cancelando el arrendatario antes de la renovación del contrato, o sea sin incremento.

En este caso la redacción de la compañía inmobiliaria en cuanto a su obligación de pago del canon es más precisa, pues diferencia aquellos eventos en los cuales el canon es pagado por el arrendatario y aquellos en los cuales interviene una compañía inmobiliaria o afianzadora. También se regula lo referente al pago del canon en los eventos de renovación del contrato de arrendamiento, es decir, se depuran los límites y establecen las condiciones de pago del canon. Son múltiples las situaciones que pueden presentarse en un contrato de arrendamiento y que están relacionadas con el pago del canon, razón por la cual el intermediario debe ser muy concreto a la hora de establecer la forma como debe cumplir con esta obligación.

Sección Quinta

ALGUNOS CASOS ILUSTRATIVOS SOBRE OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN CONSEJO E INSTRUCCIÓN.

La obligación de informar está encaminada a dar cuenta del bien, a explicar en qué consiste el servicio ofrecido, lo que en materia de intermediación inmobiliaria cobra especial importancia, pues en su gran mayoría los intermediados y potenciales arrendatarios teniendo la necesidad del servicio, son incautos en la materia. El cumplimiento de la obligación de informar suele delegarse en los llamados asesores comerciales o inmobiliarios, cuyos conocimientos no son rigurosos y por el contrario generan situaciones de desinformación.

A pesar de que este trabajo está encaminado al estudio de la relación existente entre el intermediario y el intermediado, es necesario referirnos a situaciones que se presentan con el arrendatario y que podrían afectar o tener incidencia en la primera relación. Los siguientes ejemplos corresponden a eventos en los cuales no se brinda una correcta información a los potenciales arrendatarios y que debería brindarse, pues se trata de obligaciones implícitas.

- No se informa que la labor de ubicar un inmueble y celebrar el contrato de arrendamiento generan el cobro de una comisión a favor del intermediario.
- No se informa y no se aconseja sobre el inmueble que más se acomoda a los requerimientos inicial, ubicación, presupuesto, características técnicas, destinación, etc.
- No se informa con suficiencia de los requisitos administrativos, documentos y procedimientos que deben cumplirse de acuerdo con las políticas de cada compañía para la celebración del contrato de arrendamiento.
- No se informa sobre las principales características del inmueble como podría ser capacidad portante de los pisos, altura, capacidad de energía, área, malacates, líneas telefónicas, sistemas de aire acondicionado, servicios de portería, etc.
- No se informa cuales reparaciones e intervenciones locativas está dispuesto a ejecutar el propietario antes de celebrarse el contrato de arrendamiento.
- No se informa y no se aconseja sobre la duración o vigencia inicial del contrato.
- No se informa y no se aconseja sobre los reajustes o incrementos al valor del canon.
- No se informa que la suscripción del contrato de arrendamiento depende del estudio y aprobación de las condiciones comerciales y económicas que hace una compañía aseguradora o afianzadora, cuando la inmobiliaria utiliza dichos servicios
- No se informa que el estudio de las condiciones comerciales y crediticias tiene un costo. No se informa que la disponibilidad de ciertos inmuebles para ser arrendados depende de la terminación de contratos en curso y su consiguiente restitución.
- No se informa que el propietario solo reserva el inmueble para el intermediario que primero le presente el contrato de arrendamiento firmado, pues el mismo puede estar siendo promocionado por varias compañías inmobiliarias.

En el caso de las personas que consignan sus inmuebles para ser promocionados y arrendados a través de compañías inmobiliarias, los errores más comunes en la calidad de la información que se brinda, son los siguientes:

- No se explican con claridad los servicios que se prestan, es decir, de corretaje, de administración con canon garantizado, sin canon garantizado, etc.
- No se explican las condiciones y forma de pago cuando el arrendatario incurre en mora.

- No se explican y no se definen las obligaciones que tienen las partes mientras el inmueble está en proceso de promoción, es decir, no hay claridad sobre quién asume el cuidado del inmueble, pago de cuentas de servicios públicos, cuotas de copropiedad, etc.
- No se explican los límites, alcances, coberturas y beneficios que brinda el intermediario.
- No se explican las situaciones o eventualidades de las cuales no se hace responsable el intermediario.
- No se informa de las condiciones bajo las cuales se pretende celebrar el contrato, como por ejemplo, destinación, valor del canon, duración, reajustes al canon, etc.
- No se orienta sobre el valor comercial que puede tener un inmueble para la venta, ni del valor del canon cuando la intención es su promoción para el arrendamiento.
- No se informa de las condiciones locativas que deben mejorarse para potencializar los beneficios del inmueble y lograr rápidamente su arrendamiento.
- No se informa sobre las actividades o destinaciones para las cuales es recomendable arrendar el inmueble.
- No se informa sobre el tipo de incremento o reajustes que deben aplicarse en los contratos de arrendamiento.
- No se informa los beneficios de arrendar el inmueble a través de una compañía inmobiliaria.

Todas estas situaciones deberían informarse con suficiencia en la etapa precontractual, pues son en muchos casos la génesis del incumplimiento contractual de los inmobiliarios, ya que afloran una vez los contratos de arrendamiento y de administración están en ejecución, generando mala prestación del servicio, descredito gremial y cuantiosas reclamaciones por los daños ocasionados.

De acuerdo con lo dicho, las compañías inmobiliarias y con especial énfasis sus equipos comerciales, debe tener *“un conocimiento actualizado de su disciplina (...) el profesional deberá pues tener, en ciertos contratos, conocimientos de la evolución legislativa o jurisprudencial que pueda afectar el contenido del contrato. Igualmente, deberá conocer el mecanismo técnico y las contraindicaciones, límites, desventajas y riesgos de los bienes o servicios que ofrece”*¹⁰⁴.

En la ejecución de los contratos de arrendamiento y de administración, se evidencian las falencias e inconformidades por la mala información, consejo e instrucción, pues muy pocas compañías inmobiliarias tienen diseñados protocolos de atención al público y algunas negociaciones se impulsan maliciosamente, bajo el uso de información imprecisa, acomodada y con el propósito exclusivo de celebrar el contrato sin tener en cuenta las consecuencias futuras.

¹⁰⁴ Tamayo, Op. cit., tomo II, p.563.

Sección Sexta

LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA Y EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

La aplicación de la Ley 1480 de 2011 a las actividades de intermediación inmobiliaria y concretamente a los servicios que se prestan desde las llamadas agencias de arrendamiento es trascendente y su aplicación cobra importancia debido al considerable crecimiento de comerciantes y sociedades dedicadas a esta actividad.

Sin embargo, antes de entrar a mirar algunas disposiciones del Estatuto del Consumidor aplicables al tema que nos ocupa, es importante recordar que la Ley 820 de 2003 en sus artículos 28 a 34 regula la actividad de las personas dedicadas a ejercer el arrendamiento de bienes raíces; la inspección, control y vigilancia en materia de arrendamientos y las sanciones aplicables. Estas disposiciones que pueden considerarse como un primer acercamiento por regular y controlar la materia, solo son aplicables a los arrendamientos de bienes raíces destinados a vivienda urbana, dejando por fuera el arrendamiento de locales comerciales, predios rústicos y otro tipo de edificios.

Adicionalmente, es importante mencionar que la función de inspección, control y vigilancia en materia de arrendamientos y las sanciones aplicables están a cargo de las alcaldías municipales y su intervención no es jurisdiccional, sino administrativa, de imposición de multas, suspensión y cancelación de la respectiva matrícula de arrendador de quienes habitualmente arriendan o intermedian en contratos de arrendamiento. Este tipo de intervenciones no logran una protección integral de los derechos lesionados del consumidor afectado por malas prácticas en las relaciones de consumo.

De acuerdo con lo dicho, no consideramos que exista una regulación especial en virtud de la cual, las disposiciones del Estatuto del Consumidor no le sean aplicables a los servicios de intermediación inmobiliaria a los cuales hemos hecho referencia en este trabajo, pues la Ley 820/2003 no es suficientes para brindar la protección que se deriva del artículo 78* de la Constitución Política.

* **ARTICULO 78.** La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Así las cosas, debe indicarse que el Estatuto del Consumidor asume los servicios de intermediación como *productos* y por ende los intermediados, los arrendatarios y sus deudores solidarios cuentan con esta protección especial. Es decir, “no solamente quien adquiere bienes (sean ellos muebles o inmuebles, consumibles o no consumibles), sino también las personas destinatarias de servicios (llamadas usuarios), ameritan la protección del ordenamiento jurídico”¹⁰⁵.

En este sentido, el intermediario debe enfocar su actividad al cumplimiento de los principios generales de Estatuto del Consumidor, no solo para evitar reclamaciones por violación a la Ley, sino por los beneficios que desde el punto de vista de la calidad en la prestación del servicio esto le puede reportar. Algunas cuestiones prácticas que se derivan de los principios generales que consagra el artículo 1° de la Ley 1480 de 2011 son los siguientes:

1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad. “Cuando se habla de seguridad, se quiere significar con ello que los bienes y servicios no causen daños a las personas, su salud o a su patrimonio”¹⁰⁶. Este principio cobra especial importancia cuando los arrendatarios enfrentan amenazas para su salud y seguridad, derivadas del mal estado de los inmuebles entregados en arrendamiento y especialmente por la desatención en el cumplimiento de las obligaciones que prescribe el Código Civil para los arrendadores de mantener la cosa en estado de servir y efectuar las reparaciones necesarias que garanticen el buen estado.

Son innumerables los casos en los cuales el intermediario, que además se presume y publicita como especialista en propiedad raíz, entrega en arrendamiento inmuebles que evidencian graves problemas locativos, cuyo uso puede poner en riesgo la salud y seguridad de sus ocupantes, no solo en materia de vivienda urbana, sino comercial. Aquellos inmuebles que por ejemplo, tienen sus redes eléctricas expuestas, con conexiones hechas, con cableado defectuoso, cajas de registro e interruptores eléctricos sin tapas, escaleras sin pasamanos, tejas mal aseguradas, filtraciones de agua, techos y muros con deterioros estructurales etc. y que los propietarios e intermediarios se niegan a reparar, constituyen una violación a este principio.

El empresario profesional, en este caso, es el sujeto que debe enfrentar y soportar un juicio de imputación de responsabilidad, no por tratarse propiamente de un riesgo de empresa, sino fundamentalmente por el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso. El defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo

¹⁰⁵ Verónica María Echeverri Salazar. Algunos Fundamentos para la Protección del Consumidor. En: Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín : Estatuto del Consumidor una Mirada a la Ley 1480 de 2011. Medellín. Edición 29 (Oct. 2012) p. 21-22.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p 34.

conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado. Probadamente el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe este a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal¹⁰⁷.

La condición de especialista del intermediario en propiedad raíz, lo hace responsable por los daños que se le causen a las personas, su salud o patrimonio y que sean consecuencia del mal estado de los inmuebles arrendados. En el acápite de obligaciones de medio aplicables al arrendamiento a través de intermediarios, se señaló que existen algunas medidas para “*garantizar*” que las condiciones locativas sean aptas para usar y gozar el inmueble en condiciones normales, es decir, se trata de una cuestión bajo su esfera de control. Incluso el intermediario en muchas ocasiones desconoce el estado locativo del inmueble, pues confía en el manejo que el intermediario da a estos temas.

2. El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas. Este principio está estrechamente ligado con las obligaciones de información, consejo e instrucción, pues se busca que los contratantes incautos y desconocedores de los productos o servicios sean debidamente informados. No solo se trata de brindar información de carácter técnico o científico, sino que dicha información debe ser de fácil comprensión para que el consumidor pueda orientar sus decisiones.

Es el derecho a obtener los elementos necesarios a fin de posibilitar elecciones o tomas de decisiones favorables a sus intereses. En materia contractual se relaciona con la formación del consentimiento y previene la existencia de vicios en él. Se trata de la obtención de información necesaria para el actuar responsable en materia de consumo y para proteger al consumidor de mecanismos de venta y prácticas comerciales que pueden influir en sus decisiones, tanto como afectar derechos económicos, personales y sociales¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1141/2000 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Citada por: Verónica María Echeverri Salazar. Algunos Fundamentos para la Protección del Consumidor. En: Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín : Estatuto del Consumidor una Mirada a la Ley 1480 de 2011. Medellín. Edición 29 (Oct. 2012) p.39.

¹⁰⁸ Laura Pérez Bustamante. Derechos del Consumidor. Buenos Aires. Astrea, 2004. P. 165-166. Citada por: ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María. Algunos Fundamentos para la Protección del Consumidor. En: Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín : Estatuto del Consumidor una Mirada a la Ley 1480 de 2011. Medellín. Edición 29 (Oct. 2012) p.39.

Los intermediarios en la celebración de contratos de arrendamiento están obligados a brindar información al intermediado, a los potenciales arrendatarios y arrendatarios durante la ejecución del contrato. En el caso de los intermediados, es importante recordar que las normas del mandato comercial que se analizaron en la primera parte de este trabajo, establecen la obligación del mandatario de rendir informes sobre las diferentes cuestiones encomendadas, es decir, se trata de una obligación especial de informar al mandante sobre el rumbo de los negocios encomendados.

En los llamados contratos de administración se suele consagrar la obligación de rendir informes periódicos sobre el desarrollo del encargo, lo cual muy pocas veces se cumple a cabalidad, además de informar sobre hechos que deben ser conocidos por el intermediado, como por ejemplo: la ocurrencia de daños en el inmueble, los subarriendos o cesiones no autorizadas, los cambios de destinación, la mora en el pago, el inicio de procesos judiciales, los fraudes en las conexiones de servicios públicos, etc.

La existencia de un vínculo de intermediación en su modalidad de mandato, no implica que el intermediado sea ajeno a las cuestiones que se presentan en desarrollo del contrato encomendado y puede ser más riesgoso desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, que el intermediario asuma la ejecución de decisiones frente a las cuales no tiene expresas facultades. Por tal razón, es obligación mantener comunicación con el intermediado y vincularlo a la toma de decisiones, pues la obligación natural del mandatario es procurar unos medios y no asumir la garantía de resultados.

El intermediario tiene igualmente una importante carga de información frente a los potenciales arrendatarios durante la ejecución del contrato. Las personas interesadas en tomar un inmueble en arrendamiento, sea para vivienda o el desarrollo de una actividad comercial, requieren ser informados de múltiples cuestiones para poder tomar sus decisiones. Así por ejemplo: los errores en la información en las páginas web de las compañías inmobiliarias, la información desactualizada, los cambios intempestivos en el valor del canon, la promoción de inmuebles no disponibles, etc., constituyen una violación al principio de información, lo cual podría configurar además, un vicio del consentimiento en su modalidad de error cuando se trata de calidades que constituyen el motivo por el cual se celebra el contrato (artículo 1508 y 1511 del Código Civil).

De acuerdo con el artículo 23 del Estatuto del Consumidor, la información que se brinda al público debe caracterizarse no solo por ser veraz y suficiente, “sino que además debe ser clara, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea. Esta adición de adjetivos a la norma se explica en aras de poder hacer más eficaces las medidas de control frente a la información y a la publicidad”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p 41.

En materia de intermediación la veracidad en la información suministrada o publicitada debe corresponder con las reales características del servicio y de los inmuebles que se pretenden entregar en arrendamiento. Así por ejemplo, en el caso de los servicios de intermediación no deben ofertarse condiciones o coberturas que el intermediario no está dispuesto a asumir, tal y como podría ocurrir con garantizar el pago del canon de arrendamiento, el pago de cuentas de servicios públicos, de cuotas de copropiedad, etc. Similar situación se presenta con la veracidad de las condiciones y características de los inmuebles ofertados en arrendamiento, pues se trata de datos cuya verificación finalmente es posible.

La suficiencia en la información es uno de los aspectos que realmente demuestran la calidad y profesionalismo del intermediario, pues en la exposición de sus servicios y características de los inmuebles ofertados debe brindar elementos que le permiten al consumidor tomar decisiones. Son innumerables los eventos en los cuales las agencias de arrendamiento y sus agentes, desconocen las principales características de los inmuebles, no tienen certeza de las áreas, de la altura, del número de habitaciones, de la capacidad de energía, de la capacidad portante de los pisos, etc.

3. La protección contractual en el estatuto del consumidor. Las desigualdades, asimetrías y posiciones de dominio en los actuales escenarios para el intercambio de bienes y servicios, fueron el motivo creador del actual Estatuto del Consumidor, el cual reservó un capítulo especial para la protección contractual del consumidor, dentro del cual reguló lo referente a la interpretación de los contratos; los contratos de adhesión; las cláusulas abusivas; las operaciones mediante sistemas de financiación; las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia; la protección al consumidor de comercio electrónico; además de la especulación, el acaparamiento y la usura.

Dentro de esta regulación cobra especial importancia para el tema de estudio la interpretación contractual, los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, temas frente a los cuales haremos algunos comentarios.

3.1 La interpretación contractual. Tal y como lo afirman los abogados Plata López y Monsalve Caballero¹¹⁰, tradicionalmente los conflictos y diferencias contractuales que se someten a consideraciones de las autoridades jurisdiccionales, se solucionan a través de la aplicación de reglas decantadas de la hermenéutica jurídica, la interpretación natural de los actos y especialmente de lo normado por

¹¹⁰ Luis Carlos Plata López y Vladimir Monsalve Caballero. La Interpretación Contractual: Estudio desde la Jurisprudencia Colombiana y la entrada en vigencia del nuevo Estatuto de Protección a los Consumidores (NEC) Ley 1480 de 2011. En: Revista Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Vol. 44, No. 120 (Enero- junio de 2014) p. 21.

los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, los cuales como es sabido son aplicables a los asuntos comerciales por expresa remisión. (Artículo 822 Código de Comercio).

Sin embargo, dichos parámetros se tornan insuficientes para dar solución a las controversias que surgen bajo el actual régimen de intercambio de bienes y servicios, razón por la cual, el artículo 34 del Estatuto del Consumidor, prescribe que *las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean*. Esta prescripción ratifica la importancia de la regla contractual que subyace a la celebración del contrato para identificar los intereses de los intervinientes, pues de acuerdo con la Ley 1480 de 2011, los vacíos o lagunas deberán interpretarse de la manera más favorable al consumidor.

En este sentido la implementación de modelos contractuales pre impresos, en nuestro caso de arrendamiento y mandato, no siempre constituyen una garantía de igualdad y trato equitativo de las relaciones comerciales, pues las formas previamente establecidas se convierten en barreras comerciales bajo las cuales se limita la capacidad de negociación y se imponen barreras para acordar condiciones especiales. Es el comerciante especializado y avezado quien previamente ha redactado y conoce los verdaderos alcances de sus modelos contractuales, mientras que en el otro extremo de la relación contractual es común encontrar un consumidor lego en los detalles del bien o servicio con el cual pretende satisfacer sus necesidades, pero además desconocedor de los detalles legales que conlleva la negociación.

Una de las dificultades interpretativas en materia de contratos de arrendamiento y de administración, es que no solo recogen las experiencias comerciales acumuladas a lo largo de los años, sino que además, se copian clausulados que no siempre pueden aplicarse genéricamente, razón por la cual se presentan discrepancias interpretativas que perjudican los intereses de arrendatarios e intermediados, pues tratándose de contratos de libre discusión terminan siendo de adhesión.

Así las cosas, aquellos contratos de arrendamiento que adolecen de claridad y coherencia en aspectos como el verdadero estado locativo de los inmuebles; el régimen de reparaciones y el responsable de su ejecución; el sistema de incrementos al canon en caso de renovación; los preavisos para la terminación del contrato; las facultades para reportar información a centrales de riesgos; los plazos para el pago del canon, las obligaciones y responsabilidades frente al intermediado, etc., deberán interpretarse de la forma más favorable al arrendatario, es decir, a quien ocupa la condición de consumidor.

Similar situación se presenta con los contratos de administración y la regulación de ciertos temas que se abordan con poco rigor técnico por los intermediarios, como

por ejemplo, la falta de precisión para determinar si se responde o no por el pago oportuno del canon de arrendamiento; la discrecionalidad del intermediario para definir las condiciones de renovación del contrato de arrendamiento y en general sobre las facultades para la toma de decisiones en la administración del inmueble, cuestiones todas estas que de acuerdo con el Estatuto del Consumidor deben interpretarse en favor del intermedio, pues es obligación del proponente como especialista definir previamente todos estos aspectos.

Bajo esta nueva tendencia de protección al consumidor, la doctrina ha desarrollado nuevas reglas interpretativas, dentro de las cuales destacamos la *contra proferenten*, según la cual, “las cláusulas ambiguas y dudosas se interpretan en contra de quien las redactó; aquellas con múltiples significados, se interpretan según el significado que mejor favorezca al adherente”¹¹¹, siendo necesario en el caso de la intermediación inmobiliaria emprender una revisión detallada de los esquemas de contratación, unificación de términos y significados.

3.2 Los contratos de adhesión. Esta modalidad surge como consecuencia de *“la estandarización del contrato originada por la moderna economía de masa, que condujo a su vez al contrato de adhesión, donde el contrato se presenta ya elaborado por la empresa y deja al cliente la sola libertad de adherirse o no al negocio”*¹¹². Este tipo de contratos tienen como nota característica la posición dominante del productor que “establece cláusulas en su favor la mayoría de las veces, en contravía los principios del equilibrio de la relación contractual y de igualdad. Y el consumidor, considerado como la parte débil, y con la necesidad o deseo de acceder a un producto, se verá en la obligación de suscribir el contrato en las condiciones que le plantee el oferente”¹¹³.

Es común ver como muchas agencias de arrendamiento contratan con sus potenciales arrendatarios e intermediados a través de modelos contractuales previa, general y unilateralmente definidos, dejando muy poco margen de maniobra negociadora para el consumidor y a quien solo le queda en muchos casos la posibilidad de adherirse a la propuesta contractual. Bajo esta realidad los contratos de mandato y arrendamiento terminan siendo de adhesión, pues el intermedio bajo la presión y el anhelo por comenzar a percibir una renta y los arrendatarios con la intención de no perder la posibilidad ocupar un determinado inmueble, terminan aceptando las condiciones contractuales bajo las cuales el intermediario indica estar dispuesto a contratar.

¹¹¹ Ibid., p.44.

¹¹² José Manuel Gual Acosta. Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad Civil. Bogotá D.C. : Grupo Editorial Ibáñez, 2008. p.62.

¹¹³ Claudia Campillo Velásquez. La Discusión Contractual: De la Autonomía a la Adhesión. En: Estatuto del Consumidor una mirada a la Ley 1480 de 2011, Foro del Jurista, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín. Vol. 29 (Oct. 2012); p. 129.

Ahora bien, no significa que la posibilidad de negociar algunos aspectos como el valor del canon, el porcentaje de administración, y las fechas de pago, desvirtúen la naturaleza adhesiva de muchas de estas relaciones, pues el artículo 40 del Estatuto de Protección al Consumidor establece que, *“El hecho de que algunas cláusulas de un contrato hayan sido negociadas, no obsta para la aplicación de lo previsto en este capítulo”*. Es decir, *“debe cumplirse con los requisitos de validez, eficacia y, para algunos casos probatorios”*¹¹⁴.

El artículo 38 establece que *“En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones”*. Sin embargo, esta prohibición implica distinguir entre aquellas cláusulas en virtud de las cuales el intermediario determina los límites de su responsabilidad y prestaciones, de aquellas que posibilitan al intermediario abrupta e injustificadamente no responder o sustraerse de obligaciones claramente aceptadas. Al respecto de la redacción de cláusulas por parte de las agencias de arrendamiento, en virtud de las cuales se limita o restringe su responsabilidad, debe considerarse para efectos de su validez, *“no contrariar el orden público (el cual incluye las leyes imperativas) y las buenas costumbres (que incluye la moral); y dentro de estos límites de validez será además posible incluir como nuevo filtro de control a la libertad contractual el principio de la buena fe también llamado cláusula general de buen fe”*¹¹⁵.

La inclusión de cláusulas que posibiliten al intermediario modificar unilateralmente los contratos de mandato no son comunes, pues por lo general los intermediarios procuran que las decisiones más relevantes cuenten con su autorización y así suele consagrarse en los contratos. Situación muy diferente es la que se presenta con los contratos de arrendamiento, en los cuales es común encontrar facultades unilaterales en cabeza del arrendador para modificar aspectos relevantes como aclarar direcciones, linderos, valor del canon, líneas telefónicas, vigencias, etc. Además de la recurrente práctica de incluir cláusulas en letra menuda, de difícil visualización y regulación de temas trascendentes en acápites del contrato que los hacen pasar desapercibidos.

Finalmente, respecto de los contratos de adhesión cuya aplicación en el mercado es una realidad, para algunos necesaria en la medida en que facilita las relaciones de intercambio comercial, y para otro una sutil herramienta de imposición de condiciones, el legislador en el artículo 37 del Estatuto del Consumidor, fijó unos requisitos mínimos que deben cumplirse y que la doctora *Clausula Campillo Velásquez* resume como la obligación de brindar información precontractual, expresa y suficiente; que los contratos se redacten en idioma castellano y que las condiciones generales sean concretas, claras y completas, pues *“de no cumplirse con estos cuatro parámetros, la consecuencia de dicha cláusula general contenida*

¹¹⁴ *Ibíd.*, p.136.

¹¹⁵ Gual Acosta, Op. Cit., p.48-49.

*en el contrato de adhesión será ineficacia, lo que significa que no produce efectos, sin necesidad de declaración judicial en dicho sentido*¹¹⁶”.

3.3 Las Cláusulas Abusivas. Esta materia está regulada a partir del artículo 42 a 44 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la doctrina define este tipo de cláusulas como aquellas “*que producen un desequilibrio injustificado, en perjuicio del consumidor, y las que, en las mismas condiciones afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos*”¹¹⁷. Resaltando además, que dichas cláusulas no están atadas necesariamente a un contrato de adhesión y sus disposiciones generales, pues basta que en la relación contractual se haga evidente un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

El artículo 43 del Estatuto del Consumidor, enumera una serie de situaciones consideradas como abusivas e ineficaces de pleno derecho, pero no corresponde al objeto de este trabajo emprender su análisis, siendo suficiente con llamar la atención de los intermediarios en materia de arrendamiento de inmuebles, sobre la importancia de una revisión detallada de sus modelos contractuales, tanto de arrendamiento como de mandato y armonizarlos con los principios de protección al consumidor.

En este tercer capítulo, a partir de casos prácticos, hemos logrado estructurar una visión de la relación que puede llegar a existir entre la actividad de intermediación inmobiliaria y la responsabilidad civil. Los elementos teóricos recopilados en la primera y segunda parte de este trabajo se han analizado de cara a situaciones de común ocurrencia para las llamadas agencias de arrendamiento.

Hemos visto cómo las exigencias de mercado, y la calidad con la cual deben comercializarse bienes y servicios impactan directamente a la intermediación, pues, según vimos, se trata de una actividad especializada, regida por múltiples prestaciones y que en una misma relación contractual pueden manifestarse a través de obligaciones que implican hacer, no hacer, dar, desplegar medios, e incluso garantizar resultados frente a ciertos aspectos.

Vimos también cómo la profesionalización y regulación gremial de esta actividad beneficia a sus agentes, pero además a los consumidores de estos servicios, quienes a partir del Estatuto del Consumidor cuentan con una herramienta ampliamente protectora de sus intereses. Igualmente, hemos puesto en evidencia la falta de capacitación, falencias administrativas, desconocimiento de los marcos legales que rigen la actividad y las consecuencias que puede acarrear una mala praxis, razón por la cual, se sugieren algunas medidas que pueden ser tenidas en cuenta para mejorar los servicios, precaver o afrontar con mejores elementos posibles demandas de responsabilidad civil.

¹¹⁶ Campillo Velásquez, Op. Cit., p 134.

¹¹⁷ Campillo Velásquez, Op. Cit., p 147.

CONCLUSIONES

El análisis de la estructura de la responsabilidad civil contractual de los intermediarios inmobiliarios que hicimos a lo largo del presente trabajo resultó de gran utilidad para la configuración del mapa de navegación que nos trazamos como objetivo.

Hemos partido de la base de que la creciente oferta de inmuebles habitacionales, comerciales e industriales disponibles para el arrendamiento y la venta, dan cuenta de un mercado en crecimiento, lo que a su vez ha generado un considerable desarrollo de la intermediación inmobiliaria como actividad especializada. Sin embargo, vimos cómo dicho crecimiento no se ha dado como actividad profesional regulada y controlada por el Estado, razón por la cual, se presentan controversias sobre los alcances de las obligaciones contraídas y su cumplimiento.

En el presente trabajo vimos cómo la actividad de intermediación ha trascendido la celebración del *típico* contrato de mandato para la administración de un inmueble en arrendamiento. En la actualidad se hace necesario definir el marco de obligaciones bajo el cual se prestan estos servicios, ya que no solo se trata de la transferencia al intermediado de los dineros obtenidos del arrendamiento, sino que además, existen obligaciones y legítimas expectativas de un servicio que abarque

el correcto manejo contable y tributario de los ingresos, cuidado y mantenimiento locativo, pago de servicios públicos, incrementos al canon, términos de renovación y todas aquellas condiciones especiales bajo las cuales se haya celebrado el contrato de arrendamiento y que puedan afectar al intermediado.

El desconocimiento por parte de algunos agentes inmobiliarios de aspectos legales genera una situación de vulnerabilidad, frente a cuantiosas demandas de responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones contractuales y falta de credibilidad ante quienes requieren un servicio especializado. La profesionalización de los asesores inmobiliarios es una tarea que está en mora de ejecutarse, al igual que un marco normativo que regule la profesión.

Existen pocos estudios de la doctrina y la jurisprudencia que analicen detalladamente la relación existente entre los contratos de intermediación y los servicios que prestan en nuestro medio las llamadas agencias de arrendamiento, razón por la cual, este trabajo es un primer mapa de navegación que permite a los intermediarios identificar las obligaciones que los rigen, y, en consecuencia, cuál puede ser el alcance de su responsabilidad contractual.

En este trabajo vimos cómo los contratos de intermediación inmobiliaria que suelen aplicarse en nuestro mercado local son: (I) el contrato de mandato con y sin representación (artículo 1262 C. Comercio); (II) el contrato de comisión (artículo 1287 C. Comercio) y (III) el contrato de corretaje (Artículo 1340 C. Comercio). Cada uno de ellos, según vimos, es aplicable según las condiciones particulares de la negociación, las expectativas del cliente y las prestaciones que ofrece el intermediario.

Según vimos en detalle, la dinámica comercial de esta actividad es muy fluida y se presentan situaciones en las cuales un intermediario inicia su labor en el marco del contrato de corretaje, acercando a quienes desean celebrar contrato de arrendamiento y finalmente dicho intermediario puede terminar administrando el inmueble en calidad de mandatario. Igualmente, casos en los cuales un intermediario inicia sus gestiones con la intención de actuar como arrendador y por las condiciones especiales del negocio termina facilitando el camino para que el intermediado y el potencial arrendatario celebren el respectivo contrato.

Identificar un contrato típico que aplique a las operaciones de arrendamiento de inmuebles a través de intermediarios no siempre es posible, e incluso muchos contratos se titulan atípicamente como de *administración*, pues en ellos suelen incorporarse disposiciones del contrato de mandato, de comisión y hasta de corretaje.

Sin embargo, es posible concluir, según quedó planteado en el presente trabajo, que a pesar de las diferentes modalidades bajo las cuales los intermediarios prestan sus servicios, en temas como el pago de los dineros obtenidos del arrendamiento,

las agencias inmobiliarias se obligan básicamente bajo tres modalidades que son: (i) contrato de administración con canon garantizado; (ii) contrato de administración sin canon garantizado y (iii) contrato de administración con canon garantizado a través de compañías aseguradoras o afianzadoras. Cada una de estas modalidades presenta características muy especiales y un abanico de obligaciones que hacen parte de los servicios ofrecidos.

El aporte esencial del presente trabajo, y que podríamos denominar como la brújula del mapa de navegación que hemos propuesto, es la integración de la llamada “regla contractual”. En efecto, según vimos, para determinar los casos en los cuales se presenta incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los intermediarios inmobiliarios y que pueda aplicarse la responsabilidad civil como uno de los remedios a disposición del acreedor, es necesario integrar la regla contractual y visualizar las prestaciones a cargo de cada contratante. La construcción de la regla contractual no se limita a enlistar las obligaciones que usualmente adquiere el intermediario, sino, que es necesario analizar su naturaleza para determinar cuándo y en qué eventos se incumplen.

Así, por ejemplo, vimos cómo se concluye que las agencias de arrendamiento respecto del pago del canon al intermediado adquieren una obligación de dar, la cual en algunos casos existe con independencia del pago por parte del arrendatario y la sola condición de estar vigente el contrato de arrendamiento. En otros eventos se aplican condiciones referidas al pago efectivo del arrendatario, o el pago a través de las compañías aseguradoras o afianzadoras cuando se presentan eventos de mora imputables al arrendatario.

Vimos también cómo respecto de las obligaciones de hacer y no hacer, la actividad de intermediación inmobiliaria comprende prestaciones de ambos tipos, siendo la más común de acuerdo con la naturaleza de los contratos de mandato las obligaciones de hacer, es decir, de emprender determinadas gestiones. Sin embargo, muchos de los llamados **contratos de administración** por expresa petición de los intermediados, limitan a través de obligaciones de no hacer las facultades de los intermediados, frente a temas que puedan generar algún tipo de consecuencia negativa y gravosa desde el punto de vista económico.

A pesar de la claridad que ofrece esta clasificación de las obligaciones (dar, hacer y no hacer) y la aparente identificación de las prestaciones que corresponden a cada contratante, vimos cómo no siempre hay claridad sobre la real insatisfacción del acreedor, es decir, no siempre se logra determinar a que estaba obligado el intermediario, razón por la cual, se profundizó en la clasificación de obligaciones de medios y de resultado. Este nuevo filtro en el estudio de las obligaciones del intermediario nos permitió identificar con mayor claridad el contenido y el alcance de las obligaciones del deudor, para saber con precisión cuándo hay incumplimiento y a qué está obligado el deudor contractual. Ello resulta de vital importancia para el análisis de la responsabilidad contractual del agente inmobiliario.

Es esencial entonces concluir que el contrato de mandato o de administración, debe reflejar claramente las obligaciones e intereses de los contratantes, pues se trata de un escenario ideal para prevenir desacuerdos y definir si las prestaciones adquiridas corresponden a obligaciones de medios o de resultado. En la intermediación inmobiliaria, debido a las condiciones especiales bajo las cuales se celebran los llamados contratos de administración, no es posible indicar cuáles prestaciones conllevan garantizar un resultado y en cuáles es suficiente con desplegar una conducta diligente y cuidadosa. Por ello, es fundamental entender que en estos casos es necesario hacer un análisis particular de cada situación.

Igualmente, debe tenerse presente que las obligaciones de información, consejo e instrucción por su estrecha relación con las actividades comerciales, de intercambio de bienes y servicios, son aplicables a la intermediación inmobiliaria. Muchos de los eventos generadores de responsabilidad civil en los cuales se ven inmersos los intermediarios, tienen su génesis en el desconocimiento de estas obligaciones. A pesar de que el contrato de arrendamiento sobre inmuebles es claramente consensual y su perfeccionamiento depende del acuerdo sobre el precio y la cosa, los propietarios de inmuebles buscan los servicios de una intermediación especializada que brinde un acompañamiento integral. Este tipo de servicios implican entonces cumplir con las obligaciones implícitas de informar, aconsejar sobre las opciones más favorables e instruir al cliente sobre las condiciones y pormenores del negocio.

¿Cuál es entonces el panorama y las perspectivas futuras de los intermediarios inmobiliarios frente a su responsabilidad contractual?

Según vimos, los contratos de mandato pueden depurarse de acuerdo con las necesidades del intermediario y blindarse contra posibles acciones judiciales, pero es obligación de los asesores inmobiliarios y personal administrativo de las agencias de arrendamiento, estar en capacidad de informar a los intermediados sobre el alcance y contenido de los mismos, razón por la cual, es necesaria la profesionalización y regulación más estricta de esta actividad comercial.

Definir aspectos como la regulación de honorarios, comisiones y valor por servicios de intermediación genera transparencia y profesionalización de la actividad. Establecer obligaciones básicas del intermediario inmobiliario y la acreditación de estudios para la obtención de licencias que autoricen desplegar esta actividad comercial (como ocurre en muchas partes del mundo), permite atacar la informalidad, la competencia desleal y brindar servicios de calidad. Son muchos los aspectos que están involucrados en los llamados contratos de administración y cuya regulación está a voluntad de las partes, generando en algunos casos descredito gremial y cuantiosas pérdidas económicas que podrían tener solución a

partir de la revisión y creación de un marco legal que amerita la intervención del Estado.

Es fundamental la implementación por las agencias de arrendamiento de medidas para prevenir reclamaciones, quejas y demandas, además de brindar un servicio de buena calidad, lo cual se logra en gran medida a través de decisiones administrativas y control sobre las etapas del proceso de intermediación. Es decir, fijar y definir políticas para determinar los manuales de funciones y procedimientos que deben aplicarse desde la captación de los inmuebles disponibles para el arrendamiento (en sus modalidades de administración o corretaje), venta, promoción, ubicación de potenciales arrendatarios, definición de las condiciones del contrato, entrega de los inmuebles, inventarios, información sobre los contratos, las obligaciones y facultades en ellos contenidas, etc.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la tendencia mundial por la protección del consumidor no es ajena al ordenamiento jurídico colombiano y la actividad de intermediación inmobiliaria debe ponerse en consonancia con las disposiciones legales que regulan la materia y especialmente con el contenido de las obligaciones de información consejo e instrucción. Ya no solo se trata de promocionar un inmueble para el arrendamiento, cobrar un canon, descontar una comisión por el servicio prestado y transferir al propietario una determinada suma de dinero. El inmobiliario que se presume y se publicita comercialmente como especialista, está en la obligación de asumir e implementar una política de mejoramiento y satisfacción de sus clientes en cuanto al servicio prestado, pues de lo contrario será recurrente la atención de reclamaciones y sanciones por parte de las entidades protectoras de los derechos del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Buenos Aires : Dapalma, 1989. 682 p.

ARDILA ROJAS, Nubia Amparo y LEAL PEREZ, Hildebrando. El contrato de arrendamiento y el proceso de restitución del inmueble (lanzamiento). Bogotá : Ediciones Librería del Profesional, 1991. 365 p.

BONIVENTO JIMENEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. 2.ed. Santa Fe de Bogotá : Librería del Profesional, 1999. 305 p.

CAMPILLO VELÁSQUEZ, Claudia. La Discusión Contractual: De la Autonomía a la Adhesión. En: Foro del Jurista. Estatuto del Consumidor una mirada a la Ley 1480 de 2011, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín. Vol. 29 (Oct. 2012); p. 129 – 150.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 820 (10 de julio de 2003) Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 45.244, de 10 de julio de 2003.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Código Civil. Edición Especial del Centenario 1887–1987. Bogotá : Printer Colombia, 1988. 1606 p.

COLOMBIA. Código Civil. Anotado por: TAFUR GONZALEZ, Álvaro. Bogota : Leyer. 2009. 856 p.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de comercio. Decreto 410 de 1971, Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Compilado, concordado y anotado por: LEAL PEREZ, Hildebrando. Bogota : Leyer, 2002. 796 p.

ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María. Algunos Fundamentos para la Protección del Consumidor. En: Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín: Estatuto del Consumidor una Mirada a la Ley 1480 de 2011. Medellín. Edición 29 (Oct. 2012) p. 21-22.

ENTREVISTA con Fernando Moreno Quijano, Catedrático y Codirector de la especialización en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad EAFIT. Medellín, 24 de agosto de 2012.

GUAL ACOSTA, José Manuel. Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil. Bogotá : Ibañez, 2008. 779 p.

HINESTROSA, Fernando. La Representación. Colombia : Universidad Externado de Colombia, 2008. 602 p.

-----Tratado de las obligaciones. 3.ed. Colombia : Universidad Externado de Colombia, 2008. 1005 p.

MANTILLA ESPINOSA Fabricio y otros. Los contratos en el derecho privado. Bogotá : Legis, 2007. 1111 p.

NARANJO OCHOA, Fabio. El proceso de restitución de inmueble, el proceso de regulación de la renta, Ley 820 de 2003. 11.ed. Medellín : Librería Jurídica Sanchez, 2003. 299 p.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 5.ed. Santa Fe de Bogotá : Temis, 1998. 621 p.

PEÑA NOSSA, Lissandro. Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales. Colombia : Temis, 2010. 498 p.

PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES Álvaro. Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños. Bogotá : Universidad el Rosario, 2010. 545 p.

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos y MONSALVE CABALLERO, Vladimir. La Interpretación Contractual: Estudio desde la Jurisprudencia Colombiana y la entrada en vigencia del nuevo Estatuto de Protección a los Consumidores (NEC) Ley 1480 de 2011. En: Revista Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Vol. 44, No. 120 (Enero- junio de 2014) p. 17-46.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I y II. 2.ed. Colombia : Legis, 2007. 1416 y 1047 p.

TOURNEAU, Philippe Le. La responsabilidad civil. Colombia : Legis, 2004. 204 p.

TOURNEAU, Philippe Le. La responsabilidad civil profesional. Colombia : Legis, 2006. 284 p.

RIOS SILVA, Oscar Orlando. Derecho Comercial General Curso Elemental y Nociones Básicas. Bogotá : Daza impresores, 2007. 2012 p.

Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Radicado No. 11001-3103-013-2001-00900-01. 09/02/2011.

Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. Radicado No.11001-31-03-034-2004-00193-01. 12/12/2014.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro. Derecho Civil, Tomo III De las obligaciones. 10 ed. Bogotá : Editorial Temis, 2010. 579 p.

VALENCIA RESTREPO, Hernan. Nomoarquica, principialistica jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. 4.ed. Bogotá : Comlibros, 2007. 652 p.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá : Editorial Temis, 2009. 589 p.