

VIABILIDAD JURÍDICA PRELIMINAR

1. Descripción de la práctica propuesta.

El Dr. Jorge Enrique Gómez Gómez, Presidente de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá la investigación como costumbre mercantil de la siguiente práctica:

“PAGO POR DERECHOS DE CONTRATO. Los derechos de contrato son un pago que el arrendatario efectúa a la inmobiliaria, por una sola vez, equivalente a un porcentaje del valor del primer mes de renta, pago que remunera la gestión jurídica, administrativa y operativa que realiza el corredor inmobiliario a la firma del contrato de arrendamiento.”

2. Concepto de legalidad y de ausencia de regulación de la práctica.

La costumbre Mercantil, de acuerdo con el artículo 3º del Código de Comercio, debe estar completamente subordinada a la Ley. Por ello, si bien tiene la misma autoridad de la ley mercantil, en virtud de la jerarquía normativa, la costumbre cede ante la existencia de una regulación por parte de la Ley positiva o cuando le es contraria manifiesta o tácitamente.

Dado que el solicitante no precisó si la práctica hace alusión a contratos de arrendamiento de vivienda urbana o locales comerciales, se hizo una revisión a las normas contempladas tanto en el Código de Comercio como en la Ley 820 de 2003.

Normas aplicables al corretaje inmobiliario.

El Código de Comercio en los Artículos 1340 a 1346 regula de manera general la actividad de corretaje, sin embargo no hay una reglamentación específica en lo que respecta al corretaje inmobiliario. Sobre el particular, actualmente existen dos costumbres mercantiles certificadas por ésta entidad, relacionadas con el valor de la comisión por la intermediación en el arrendamiento de locales comerciales.

No obstante lo anterior, se encuentra que la práctica planteada por el solicitante no tiene que ver con la actividad realizada por el corredor, relativa a poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial, la cual es definida en el Código de Comercio, sino que hace relación al pago que efectúa el arrendatario al corredor inmobiliario a efectos de remunerar la gestión jurídica, operativa y administrativa que éste hace a la firma del contrato, lo cual no se enmarca en las disposiciones normativas del C. de Co., anteriormente citadas.

Normas aplicables al contrato de arrendamiento de vivienda urbana y locales comerciales.

La Ley 820 de 2003¹, que se ocupa principalmente de regular el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, al abordar la regulación de la actividad de quienes se dedican a arrendar bienes raíces destinados a vivienda urbana, de su propiedad o de terceros, o a labores de intermediación comercial entre arrendadores y arrendatarios, menciona, sin definirlo, el llamado “*contrato de administración*” que es el que se celebra entre quien tiene matrícula de arrendador con los terceros propietarios de los inmuebles que serán dados en arriendo, según se infiere de la lectura sistemática de las normas contempladas en los capítulos VIII, IX y X del C. de Co.

Así, a diferencia de lo que sucede con el contrato de arrendamiento, la Ley 820 no establece ninguna regla sobre las formalidades, las obligaciones recíprocas y las formas de terminación del contrato de administración, y solo se limita a establecer que los modelos de dichos contratos, deberán ser presentados por el interesado como requisito para obtener la matrícula de arrendador; que le corresponde a las entidades territoriales controlar el ejercicio de la actividad inmobiliaria de vivienda urbana, especialmente en lo referente a dichos contratos; y que tales entidades están facultadas para imponer sanciones pecuniarias cuando los arrendadores de vivienda incumplan cualquiera de las obligaciones estipuladas en tales contratos.

En todo caso, el contrato de administración lo suscriben las personas dedicadas a ejercer la actividad de arrendamiento de bienes raíces², con el propietario del inmueble y no con el arrendatario, según se deduce del texto del numeral 2 del artículo 34 de la citada Ley, lo cual también difiere de la práctica planteada por el solicitante.

De otra parte, el Artículo 16 de la Ley 820 de 2003³, prohíbe la exigencia de depósitos y cauciones reales a cargo del arrendatario. No obstante, se considera que el pago efectuado por el arrendatario al corredor inmobiliario descrito por el solicitante, no se enmarca dentro de la prohibición de la norma en comento, pues ésta hace alusión a los depósitos o cauciones que se exigen al arrendatario para

¹ por el cual se expide el Régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones.

² Artículo 28 de la Ley 820 de 2003

³ **Artículo 16 de la Ley 820 de 2003.** “Prohibición de depósitos y cauciones reales. En los contratos de arrendamiento para vivienda urbana no se podrán exigir depósitos en dinero efectivo u otra clase de cauciones reales, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que conforme a dichos contratos haya asumido el arrendatario.

Tales garantías tampoco podrán estipularse indirectamente ni por interpuesta persona o pactarse en documentos distintos de aquel en que se haya consignado el contrato de arrendamiento, o sustituirse por otras bajo denominaciones diferentes de las indicadas en el inciso anterior”.

garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo de éste y no al pago que se hiciera al intermediario por la gestión jurídica, administrativa y operativa a la celebración del contrato de arrendamiento.

El Código de Comercio por su parte, en lo que refiere al contrato de arrendamiento de local comercial, tampoco consagra ninguna disposición normativa que regule la práctica objeto de estudio.

El Decreto 51 de 2004, por el cual se reglamentan los artículos 28, 29, 30 y 33 de la Ley 820 de 2003, regula los aspectos concernientes a la matrícula del arrendador y consagra algunas disposiciones respecto de la función de inspección, vigilancia y control sobre las personas que ejercen actividades de arrendamiento de bienes raíces para vivienda urbana, sin embargo, no establece nada en lo que respecta al *“pago por derechos de contrato”*.

Así las cosas, en principio, podría decirse que en Colombia no existe normatividad que regule la materia, no obstante lo anterior y teniendo en cuenta que dentro de las funciones otorgadas por la ley a las entidades territoriales está la de controlar el ejercicio de la actividad inmobiliaria de vivienda urbana, especialmente en lo referente a dichos contratos, se considera viable solicitar concepto a la Oficina de Control de Vivienda adscrita a la Secretaría del Hábitat, que en la ciudad de Bogotá, D.C., es la encargada del control de vivienda, lo cual se someterá a consideración del Comité de Costumbre Mercantil.

3. Práctica versa sobre materia mercantil

La actividad inmobiliaria, está compuesta por todas las operaciones realizadas sobre bienes inmuebles. Esta definición comprende el ejercicio de derechos reales como personales, ejecutados mediante contratos de compraventa, arrendamiento, construcción, administración, corretaje, etc.

Así, la actividad inmobiliaria comprende operaciones que pueden ser realizadas por particulares con la aplicación de las normas civiles, tal es el caso de la compraventa o arrendamiento con destino a vivienda, sin embargo, actualmente la mayoría de las operaciones relacionadas sobre inmuebles componen la realización de actos de comercio.

Así, el Código de Comercio en su artículo 20 enumera de manera enunciativa los principales actos de comercio, en donde se puede establecer que la actividad inmobiliaria y específicamente la actividad descrita por el solicitante comporta la realización de actos jurídicos típicamente mercantiles, a saber:

-En numeral 2 del citado artículo 20 menciona la adquisición de bienes muebles para arrendarlos, el arrendamiento subsiguiente y el arrendamiento de toda clase

de bienes para subarrendarlos, junto con el subarriendo correspondiente. En este caso, es típicamente comercial la figura del subarriendo de toda clase de bienes (incluidos los inmuebles) por subyacer la figura de la intermediación.

En el numeral 8 el Código de Comercio prevé importantes operaciones que tienen especial incidencia en la actividad inmobiliaria, específicamente, en lo relativo a la administración de inmuebles: el corretaje, la agencia y la representación. Tales actividades, tienen su regulación en la legislación atendiendo su carácter eminentemente profesional.

Es por ello, que la actividad inmobiliaria comporta la realización de actos de comercio. Esta afirmación se traduce en un ejercicio profesional de quien adquiere la calidad de comerciante.

En efecto, con fundamento en el sistema objetivo adoptado por el Código de Comercio Colombiano, son comerciantes las personas que se ocupan profesionalmente de algunas de las actividades que la ley considera mercantiles⁴.

Finalmente, el numeral 17 recoge de manera genérica, pero igualmente aplicable por esencia a la actividad inmobiliaria, las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes (muebles o inmuebles), clasificación en donde se pueden ubicar las empresas inmobiliarias.

Por lo anteriormente expuesto, y verificado el cumplimiento del requisito de mercantilidad de la práctica, es viable continuar con la verificación de los demás requisitos que determinarán si es posible o no su certificación como costumbre mercantil.

4. Práctica de alto impacto

En conformidad con el procedimiento de recopilación de la costumbre mercantil de la CCB, es necesario que la práctica objeto de investigación se considere de alto impacto por cumplir cualquiera de los siguientes requisitos:

- Que el grupo objetivo tenga al menos 1000 inscritos en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, destinatarios o usuarios de la misma.
- Que la certificación prevenga conflictos, disminuya costos de transacción o permita la interpretación de contratos.

⁴ Artículo 10 C. de Co.

En este punto es importante anotar que aun cuando existe una base de quienes realizan profesionalmente la actividad de arrendamiento, no ocurre lo mismo para el caso de los arrendatarios. En tal sentido y teniendo en cuenta que cualquier persona puede usar los servicios de un corredor inmobiliario para celebrar un contrato de arrendamiento, se estima que el número de destinatarios de la práctica supera las mil personas en la ciudad de Bogotá. No obstante lo anterior, se revisará en el Comité de Costumbre, el grupo objetivo a quien se aplicará la encuesta, siempre que la viabilidad jurídica definitiva resulte favorable.

5. Conclusión

La práctica planteada no resulta contraria a derecho, toda vez que no existen normas en el ordenamiento jurídico colombiano que establezcan el porcentaje del primer cánón de arrendamiento que debe pagar el arrendatario al corredor inmobiliario por la gestión jurídica, operativa y administrativa a la firma del contrato.

Conforme con lo anteriormente expuesto, se determinó la viabilidad jurídica de continuar con el presente estudio de costumbre mercantil, por cumplir con los requisitos de legalidad, ausencia de regulación, mercantilidad y alto impacto.