



Aproximación a la Contribución de Mejoras al Arrendatario en Colombia
Approach to Tenant Improvements Allowance Under Colombian Law

Autor

Jaime Andrés Ramírez Díaz

Trabajo presentado como requisito para optar por el
título de Maestría en Derecho Corporativo

Director, Tutor

Dra. Yira Nohelia López Castro

Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Corporativo
Universidad del Rosario

Bogotá D.C.

2022

RESUMEN

La contribución de mejoras al arrendatario es una provisión contractual del mercado inmobiliario en Estados Unidos que se ha venido utilizando en Colombia en arrendamientos comerciales, en virtud de la cual el arrendador entrega una suma de dinero al arrendatario para que este ejecute obras en el inmueble. La contribución de dinero puede incluir una financiación que el arrendatario deberá amortizar con el canon durante el plazo del arrendamiento. Este artículo describe el alcance de esta provisión contractual y la analiza de acuerdo con las normas colombianas. Asimismo, este artículo presenta una contribución de los principales aspectos a tener en cuenta al momento de estructurar y redactar contratos de arrendamiento con provisiones de subsidio de mejoras al arrendatario.

Palabras clave: contrato de arrendamiento, contribución de mejoras al arrendatario, mejoras, arrendamientos comerciales.

ABSTRACT

Tenant improvements allowance is a contractual provision within real estate market in the United States that has been used in Colombian real estate market in commercial leases, through which the landlord delivers some money to the tenant to execute improvement within the premise. The allowance may include a financial component to be amortized by tenant during lease term. This paper describes the tenant improvements allowance clause and analyses it under Colombian law. This paper also gives a contribution of key issues during the structuring and drafting of tenant improvement allowance clauses.

Keywords: lease agreements, tenant improvement allowance, improvements, commercial leases.

1. INTRODUCCIÓN

Las operaciones inmobiliarias contemporáneas en Colombia, principalmente las relativas a arrendamientos de inmuebles comerciales, se han visto fuertemente influenciadas por figuras jurídicas muy utilizadas en la práctica extranjera, principalmente estadounidense y europea. Varias son las causas que pueden justificar lo anterior. Por un lado, el ingreso a nuestro país de agentes inmobiliarios especializados tanto del lado arrendador (como inversión extranjera especializada en inmuebles, fondos de inversión y operadores de activos de unipropiedad¹) como del lado arrendatario (principalmente marcas extranjeras sobretodo del sector retail y coworking). Asimismo, el hecho de que nuestro régimen legal de arrendamientos esté contenido en el Código Civil (expedido en 1887) y en el Código de Comercio (expedido en 1971) ha llevado a que el mercado inmobiliario, a través de prácticas comerciales, incorporen en los contratos cláusulas que, a la luz de las normas vigentes, resultan novedosas, precisamente por no estar reguladas en las leyes colombianas.

La práctica reciente en materia inmobiliaria, haciendo uso de figuras extranjeras, ha abordado un asunto crucial tratándose de arrendamientos comerciales: la adecuación del inmueble para la apertura y puesta en marcha de las actividades del arrendatario. Piénsese, por ejemplo, en una persona que arrienda un espacio sin acabados que debe adecuar para abrir un local comercial, restaurante, oficina o bodega. Tradicionalmente, se consideraría que el arrendatario, por su cuenta, riesgo y recursos, es quien tiene a su cargo la adecuación del inmueble, analizando, a lo mucho, el régimen de mejoras contenido en el artículo 1994 del Código Civil. Bajo esa idea, el arrendatario debe financiar sus obras con recursos propios o a través de créditos con terceros. No obstante, ha sido el mismo mercado el que ha reflexionado esta dinámica. Por ejemplo, se ha abierto la puerta a que sea el arrendador quien construya o adecúe el inmueble a las necesidades del arrendatario o que el primero financie tales adecuaciones del arrendatario.

El presente artículo se enfocará en una forma de financiación del arrendador a las obras del arrendatario. Para ello, la dinámica inmobiliaria estadounidense, adoptada por nuestro mercado nacional, ha implementado una cláusula o provisión contractual denominada *tenant improvement allowance -TIA*, cuya traducción al español podría asociarse con contribución, prima, subsidio o bonificación para las mejoras del arrendatario (en adelante simplemente “**TIA**”).

Hasta este momento el TIA no cuenta con desarrollo legal, jurisprudencial ni doctrinal a nivel local. Su análisis ha sido liderado por agentes inmobiliarios, principalmente de Estados Unidos. En lo que respecta a Colombia, las normas en materia de arriendos (expedidas en el Siglo XIX y Siglo XX²), así como la doctrina y la jurisprudencia han guardado silencio. No

¹ Para efectos del presente artículo, los activos inmobiliarios de unipropiedad corresponden a aquellos en donde se explota económicamente la tenencia de diferentes unidades inmobiliarias (locales, oficinas, bodegas) de un mismo complejo de propiedad de una sola persona. En los términos de Ruiz, 2016 “En este caso, la propiedad del 100% del Centro Comercial (exceptuando en ocasiones los locales de algunas de las anclas) recae sobre una sola entidad. Esta entidad ha sido generalmente la desarrolladora del Centro Comercial y la totalidad de los locales se disponen para ser alquilados.” (PP 20).

² La normativa amplia en materia de arrendamientos se encuentra contenido en el Código Civil, adoptado mediante la ley 57 de 1887. El Código de Comercio, adoptado mediante decreto 410 no contiene un régimen

obstante, según hemos indicado, la práctica inmobiliaria nacional sí ha recogido y aplicado la figura.

La falta de desarrollo nacional de esta figura, a pesar de su uso en la práctica, constituye el principal motivo del presente artículo. Por lo anterior, este documento tiene como objetivos principales desarrollar el concepto del TIA, aterrizando su aplicación de acuerdo con la normativa colombiana. De igual forma, este artículo busca como objetivos secundarios resaltar la sofisticación de las operaciones inmobiliarias contemporáneas y generar confianza en los agentes inmobiliarios nacionales que se ven inmersos en estas operaciones. Por oposición a lo anterior, el artículo no es ni pretende hacer un análisis de derecho comparado en relación con el TIA. Si bien esta figura tiene un origen extranjero, a lo largo del artículo se analizará su concepto financiero y de negocio de acuerdo con la normativa y la práctica inmobiliaria colombiana.

Para efectos de lo anterior, el texto estará dividido en las siguientes cuatro secciones, así: (i) una primera sección en la que se analizará el concepto de TIA, su alcance y características principales; (ii) una segunda sección en la que se evidenciarán las diferencias del TIA con otros contratos y cláusulas reconocidos por nuestra normativa o utilizados por nuestra práctica inmobiliaria; (iii) una tercera sección en la que se indicarán los aspectos más relevantes al momento de utilizar el TIA en arriendos nacionales, incluyendo su regulación en documentos precontractuales y, desde luego, en los contratos de arrendamiento; y (iv) una cuarta sección que contendrá las conclusiones.

2. CONCEPTO Y ALCANCE DEL TIA

Como ya anticipamos, el TIA constituye una forma de financiación del arrendador a las obras de adecuación del arrendatario. En virtud de esta, el arrendador entrega un dinero al arrendatario para que este último realice obras y adecuaciones del inmueble. Parte de la doctrina estadounidense lo define como “un dinero entregado por el arrendador al arrendatario para ayudarlo a pagar parte de las mejoras que el arrendatario desea realizar en un espacio existente”.³ Otro sector de la doctrina inmobiliaria estadounidense lo define como un único pago que el arrendador realiza al arrendatario para adecuar el área arrendada.⁴

El TIA puede o no tener que ser devuelto por el arrendatario al arrendador. En caso que no sea obligatorio devolverlo, estaríamos ante un incentivo o prima que el arrendador entrega al arrendatario para asegurar el negocio. No obstante, el TIA también puede incluir un componente de financiación de las adecuaciones del arrendatario, caso en el cual su pago es amortizando con el canon de arrendamiento (siendo este denominado como TIA amortizado

mercantil en materia de arriendos; solo incluye unas normas especiales en cuanto al arrendamiento de locales comerciales.

³ Ryan Strong, «Implementing TI Construction into Cal Poly’s Construction Management Curriculum», *Construction Management*, 1 de diciembre de 2019, <https://digitalcommons.calpoly.edu/cmisp/287>. PP2 Texto en idioma original: “money given from a landlord to a tenant to help pay for some of the improvements the tenant wants done to an existing space.”

⁴ Austin Blake Fields, «Location, Location, Experience Creation: The Market Dynamics and Financial Impacts of Experiential Retail» (Harvard University, 2020), <https://nrs.harvard.edu/URN-3:HUL.INSTREPOS:37364676>. PP7

o “*amortized TIA*” – en inglés) hasta que el arrendador recupere el dinero entregado.⁵ En este último evento, el canon que el arrendatario paga al arrendador incorpora un componente financiero para su amortización. La siguiente gráfica ejemplifica esta situación:



Así las cosas, a la luz del ordenamiento colombiano, el arrendador asume una obligación adicional a la entrega de la tenencia del inmueble, consistente en la transferencia de unos recursos al arrendatario para que este realice las obras de adecuación del inmueble. El arrendatario, por su parte, no asume obligaciones adicionales a las típicamente asociadas a este (pago de canon y restitución del inmueble a la terminación del contrato). Al ser una carga adicional que no es reconocida por la ley como un requisito de existencia del arrendamiento (elemento de la esencia) o derivado de tal condición (elemento de la naturaleza), el TIA tiene la característica de ser un elemento accidental que requiere acuerdo expreso de las partes.

El TIA supone una ruptura del paradigma económico y contractual colombiano consistente en que las adecuaciones son por cuenta y riesgo del arrendatario. Al revisar las normas de adecuaciones del inmueble (llamadas mejoras en nuestro Código Civil), parece claro que estas son asumidas por el arrendatario y que tendrá el derecho de ser compensado económicamente o retirarlas a la terminación del contrato, previo cumplimiento de ciertas condiciones. En efecto, el artículo 1994 del Código Civil indica “El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados”. El artículo citado no contempla que las mejoras sean pagadas o financiadas previo a su ejecución o construcción en el inmueble por parte del arrendatario sino que se ocupa de regular los eventos en que el arrendador debe pagar las mejoras al arrendatario luego que este último las ejecutara. No obstante, dado su carácter supletivo, es completamente válido que las partes puedan realizar acuerdos en contrario.

En opinión de este autor, el TIA conlleva una redistribución parcial de riesgos en el arrendamiento. Lo anterior en la medida que el arrendador entrega un dinero al arrendatario con la firme esperanza de que las actividades que el arrendatario desarrolle en el inmueble se prolonguen por un largo plazo, garantizando así un mayor tiempo de pago de canon. Asimismo, si el TIA tiene un componente de financiación, el arrendador aspira a que las actividades del arrendatario le permitan obtener los recursos suficientes para ir amortizando

⁵ Ibidem.

la suma entregada por el arrendador. Es decir, el arrendador (ajeno a las actividades del arrendatario) decide, en cierta medida, participar en la operación en el inmueble y asumir parte del riesgo de éxito del negocio del arrendatario. Desde luego, la redistribución de los riesgos no puede interpretarse como una modificación del sentido económico y tradicional del contrato de arrendamiento (como que pase a ser un contrato de colaboración empresarial). El contrato sigue siendo un arrendamiento y quien entrega la tenencia del inmueble conserva la calidad de arrendador. Incluso, aún si asume riesgos del negocio del arrendatario, el arrendador conserva las protecciones de la ley para los contratos de arrendamiento, así como algunas prerrogativas o derechos derivados de diferentes disposiciones contractuales que serán explicadas más adelante en este documento.

Vale la pena tener presente que la razón de la redistribución de los riesgos obedece al contexto y transfondo económico y de negocio del TIA en Estados Unidos, en donde, como ya indicamos, es importante reiterar que es una figura comunmente utilizada en el mercado de arrendamientos comerciales de largo plazo en ese país. De acuerdo con algunas investigaciones de ese país, para la época de esos análisis, el 82% de las negociaciones de arrendamientos analizadas contienen provisiones TIA.⁶ Para ese mercado, el TIA es considerado como un incentivo del arrendador al arrendatario con el fin de promover o hacer más viable el negocio. Lo anterior en la medida que el arrendatario obtiene ingresos para adecuar el inmueble y el arrendador consigue una persona que arriende el inmueble a un largo plazo.⁷

Ahora, la sola importancia del TIA en el mercado de arrendamientos comerciales en Estados Unidos no es razón suficiente para ser recogida por otros mercados inmobiliarios. Esta afirmación es incluso mayor en mercados como el colombiano, cuya normativa no contempla el TIA.

Por lo anterior, conviene preguntarse: ¿Qué razones fundamentan a las partes en Colombia en un contrato de arrendamiento a negociar y acordar una provisión TIA? Las respuestas a esta inquietud no son solo legales sino financieras, contables y de negocio.

Como punto de partida, podría considerarse la existencia de una relación contractual y comercial a largo plazo como un aspecto conveniente para ambas partes del negocio. El arrendador recibiría un canon por un largo período de tiempo y el arrendatario, por su parte, tendría una larga explotación económica del inmueble. Dada su longevidad, el arrendatario tendría un plazo para amortizar el TIA (en caso que haya un componente de financiación) y, si sus operaciones son exitosas, el arrendador tendría unos ingresos que le permitirían no solo recuperar lo invertido sino obtener una ganancia adicional.⁸

⁶ Kevin Thomas Sheehan, «The value of contractual terms in office leases» (Master, Massachusetts Institute of Technology., 2006), <https://dspace.mit.edu/handle/1721.1/37445>. PG 17

⁷ FNRP, «What Is a Tenant Improvement Allowance? A Guide by FNRP», First National Realty Partners, 2021, <https://fnrpusa.com/blog/tenant-improvement-allowance/>.

⁸ James Hagy y Alicia Langone, «Perspectives-Susanna Fodor of Scarola Malone Zubatov», *Rooftops Project*, n.º 33 (2016), http://digitalcommons.nyls.edu/rooftops_project/33?utm_source=digitalcommons.nyls.edu%2Frooftops_project%2F33&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. PP2

Asimismo, cada parte del contrato puede tener diferentes razones para optar por la aplicación del TIA. Por un lado, el arrendador justifica su aplicación en: (i) el pago de un canon de arriendo por un tiempo prolongado; (ii) el acceso a una rentabilidad financiera puesto que la amortización del dinero por parte del arrendatario en el canon va acompañada de una tasa de interés (si el TIA tiene un componente de financiación); y (iii) la valorización del inmueble, siempre que dichas adecuaciones continúen después de terminado el contrato. Por otro lado, para el arrendatario supone: (i) una financiación a bajo costo (si el TIA tiene un componente financiero), en la medida que un crédito con un tercero supondría una mayor carga de interés; (ii) la optimización financiera y fiscal de las obras, en la medida que el arrendatario es quien directamente las realiza y, por tanto, obtiene los beneficios contables y tributarios de las depreciaciones de las adecuaciones que realiza el arrendatario;⁹ y (iii) el arrendador asume parte del riesgo del negocio del arrendatario, lo cual representa un respaldo adicional a las actividades que realizará el arrendatario.

A partir de los intereses de ambas partes, el lector puede anticipar (como en efecto sucede) que el TIA tiene una aplicación restringida. En efecto, no todas las operaciones son óptimas para aplicar un TIA ni todas las partes (arrendadores o arrendatarios) pueden verse interesadas en su uso. Dicho de otra forma, el TIA tiene una aplicación restringida, tanto por el sector económico como por las calidades de las partes en los contratos.

En lo que respecta al sector económico, el TIA es utilizado en arrendamientos comerciales (excluyéndose así arrendamientos de vivienda) de largo plazo. De esta forma, es importante que la actividad económica a realizar en el inmueble permita, razonablemente, considerar que tendrá una duración lo suficientemente larga para justificar financieramente la operación. Por este motivo, el TIA es una provisión contractual que suele encontrarse en operaciones de *retail* y bodegas en razón a que estas estarán abiertas al público para comercialización de bienes (en el caso de locales destinados a *retail*) y/o puestas en funcionamiento para la prestación de servicios (en el caso de bodegas). No obstante, esto no significa que no pueda darse en otros contextos. Por ejemplo, algunas actividades de oficinas, principalmente aquellas asociadas al *coworking* (espacios de oficinas de plano abierto sin asignación de puestos fijos, pudiendo ser compartido con otros usuarios y con un inmueble con servicios adicionales y necesarios para el trabajo de oficina¹⁰) suelen incorporar una disposición TIA en la medida que las oficinas son posteriormente explotadas por el arrendatario del edificio en favor de sus clientes.

⁹ Con el fin de dar un mayor contexto, el artículo 127 del Estatuto Tributario expresamente faculta a los arrendatarios para depreciar las mejoras realizadas al inmueble cuya propiedad se transfiera al arrendador sin compensación. Por tanto, si se acordó un TIA, al finalizar el arrendamiento el arrendatario no será compensado por estas (ya que fueron pagadas con el dinero que le entregó el arrendador). Así las cosas, la propiedad de las mejoras es transferidas sin compensación, pudiendo el arrendatario depreciarlas en los términos del artículo 127 antes mencionado. Ahora, podría considerarse al TIA como una compensación anticipada de las mejoras; no obstante, eso contradeciría su naturaleza y el hecho de que es registrado por el arrendatario como un ingreso ordinario.

¹⁰ David Arturo Celis Rodríguez, «Más Allá del Arrendamiento: Figuras de Comercialización de Tenencia Alternativas en el Mercado Inmobiliario Colombiano» (Universidad de los Andes, 2021), <http://hdl.handle.net/1992/52985>. PP 39

Por otro lado, el TIA exige unas calidades específicas de las partes contractuales. Su aplicación supone que ambas partes del contrato estén en las condiciones financieras suficientes para asumir las obligaciones que les correspondan, bien sea de entregar los recursos al arrendatario o bien que este último cuente con la experiencia, solvencia y/o garantías suficientes para razonablemente anticipar que la operación tendrá una larga duración y/o que el TIA será pagado al arrendador (si es que fue entregado como un componente de financiación). Es decir, por un lado, el arrendador debe contar con los recursos suficientes para desembolsar el dinero al arrendatario. Esto limita que sea usada por fondos de inversión u operadores expertos de activos inmobiliarios con buen capital y, excepcionalmente, por personas ajenas a la práctica inmobiliaria, pero con la caja suficiente. El arrendatario, por su parte, debe cumplir con los requisitos de experiencia y garantías que le permitan al arrendador anticipar un buen retorno de la contribución o una duración larga de las operaciones.

3. DIFERENCIA CON OTROS CONTRATOS Y CLÁUSULAS

El TIA, como cláusula o elemento accidental de los contratos de arrendamiento, debe analizarse en forma independiente o, eventualmente, complementaria a otras figuras contractuales típicas y atípicas en Colombia. En particular, es pertinente comparar el TIA con las siguientes figuras: (i) donación; (ii) contrato de crédito o mutuo; (iii) contratos de arrendamiento en modalidad “*build-to-suit*” y/o con entrega bajo la modalidad llave en mano; y (iv) comodato y concesión de espacios.

3.1. TIA y donación

El TIA, cuando el arrendador no tiene interés en que sea amortizado (es decir, cuando no hay un componente de financiación) puede tener características similares a una donación, en la medida que existe una entrega de dinero en forma unilateral, sin que la persona que lo reciba esté en la obligación de devolverlo.

No obstante, el TIA difiere del concepto de donación, tanto por su origen, su causa y su tratamiento contable y legal. La donación es un acto mediante el cual se transfiere gratuitamente un activo a una persona.¹¹ El TIA, por su parte no debe considerarse como una transferencia gratuita sino onerosa. Su onerosidad radica, precisamente, en la ejecución del contrato de arrendamiento. Aún si el arrendador no esperara su amortización con el canon, lo cierto es que él entrega el dinero para que el arrendatario adecúe el inmueble para el desarrollo de sus actividades que, a su turno, deriven en el pago del canon y que este, en un punto, le permita recuperar la contribución entregada al arrendatario (asumiendo el riesgo de que tal situación podría no ocurrir, ya que el arrendatario no estaría obligado a amortizar el TIA entregado). Por otro lado, si se analiza el tratamiento contable del TIA, encontramos que este puede registrarse como un incentivo de arrendamiento,¹² cuyo tratamiento es distinto del

¹¹ Artículo 1443 del Código Civil “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.”

¹² De acuerdo con la NIIF 16, un incentivo de arrendamiento consiste en “pagos realizados por un arrendador al arrendatario asociados con un arrendamiento (...)”. Si bien el texto no incluye expresamente el TIA, lo cierto es que este se enmarca dentro de la definición genérica al ser un dinero entregado por el arrendador al arrendatario en el marco de un contrato de arrendamiento.

de las donaciones. En cuanto al tratamiento legal, la donación que supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes requieren de una insinuación de donación en los términos del decreto 1712 de 1989; el TIA no requiere tal carga precisamente por tener una naturaleza distinta de la donación.

3.2. TIA y contrato de mutuo

El TIA (cuando tienen un componente de financiación que es amortizado con el pago del canon) y el contrato de mutuo o crédito tienen una semejanza desde una perspectiva económica y financiera para el desarrollo de proyectos inmobiliarios: ambos sirven para la financiación un determinado proyecto de la persona beneficiaria del crédito (deudor). No obstante su finalidad, existen ciertas diferencias que merecen la pena destacar.

En primer lugar, el mutuo corresponde a un contrato independiente, mientras que el TIA es una figura accesoria a un contrato de arrendamiento. Es decir, el TIA es un elemento accidental del contrato de arrendamiento, cuya existencia depende de este último.

En segundo lugar, el mutuo implica la amortización del crédito con una suma determinada o determinable, la cual se imputa en parte al capital prestado y, en otra parte, a los intereses remuneratorios de dicho dinero. Así las cosas, el deudor del crédito siempre está en condiciones de conocer el saldo del capital adeudado y el monto de los intereses pagados. Si el deudor del crédito incumple, el acreedor puede perseguir el pago del saldo del crédito y sus intereses dejados de pagar. El TIA, por su parte, es pagado dentro del concepto de canon de arrendamiento y no necesariamente se discrimina su incidencia en el valor total del canon. El arrendatario es deudor de un canon de arrendamiento, no de una suma de dinero acompañada de unos intereses remuneratorios. Por tanto, en caso de incumplimiento en el pago, el arrendatario estaría dejando de honrar su obligación respecto de la totalidad del canon, no de la cuota o parte de un crédito.

Ahora, en la siguiente sección de este documento se analizará la posibilidad de incluir un plan de amortización del TIA en el canon, pudiendo discriminarse qué porcentaje está asociado dicha amortización, principalmente con el objetivo de ajustar el canon una vez el TIA haya sido ajustado. Aún en este caso, dicha amortización sería accesoria al canon y, por tanto, su incumplimiento seguiría siendo respecto del canon y no respecto del TIA.

3.3. TIA, arrendamiento *Build-to-suit* y entrega llave en mano

El TIA no es el único elemento accidental de origen extranjero sin reconocimiento en nuestro ordenamiento que se utiliza en contratos de arrendamiento por el mercado inmobiliario colombiano. Existen otras figuras que guardan relación con la adecuación del inmueble para la puesta en marcha de las actividades. En particular se resaltan las provisiones build-to-suit (en adelante “**BTS**”) y turn-key -llave en mano. A continuación se describirán previamente estas figuras para luego indicar las diferencias con el TIA.

3.3.1. **BTS**: En virtud de un arrendamiento bajo la modalidad de BTS el arrendador, previo a la entrega del inmueble al arrendatario, realiza la construcción de la edificación en las condiciones y especificaciones requeridas por el arrendatario. En otras palabras, “un proyecto BTS supone que las inversiones para la adquisición y desarrollo del inmueble sean financiadas directamente por un inversionista que posteriormente lo

arrendará a la empresa por determinado periodo de tiempo, usualmente largo”.¹³ No obstante, en opinión de este autor, el componente de compra de predio será requerido cuando el arrendador no ostente la propiedad del inmueble. Es decir, se puede celebrar un BTS sobre un predio que ya sea de propiedad del arrendador.

En un BTS, el alcance de los trabajos del arrendador puede incluir la sola construcción de la edificación o incluso su adecuación total para la apertura al público (llave en mano). Por tanto, un BTS puede ser compatible con el TIA siempre que existan adecuaciones a cargo del arrendatario y que estas hayan sido financiadas con dinero del arrendador que serán pagados con el canon de arrendamiento. Por oposición a lo anterior, si el arrendador realiza todas las obras y adecuaciones necesarias para la apertura, no tendría sentido la aplicación del TIA; no habría mejoras que realizar ni financiar.

- 3.3.2. Llave en mano. La expresión llave en mano, típicamente asociada con contratos de construcción, ha tenido un alcance relacionado con la entrega de la obra en condiciones idóneas para su puesta en funcionamiento. Somos de la opinión que el término llave en mano no hace referencia a una modalidad de contrato de obra sino del estado en que el activo es entregado. Al respecto, la doctrina latinoamericana en esta materia, ha indicado que es posible pactar una modalidad de entrega de llave en mano, entendiendo por esta “*la modalidad de contratación de llave en mano requiere que el contratista entregue la obra completa, incluyendo el mobiliario inherente al predio requerido para su funcionamiento, conforme el destino final que se entregue a la construcción. En este tipo de obra, el contratista asume todos los riesgos de construcción y los cambios en costos para la procura de materiales, mano de obra, etc.*”.¹⁴

En esa medida, el término llave en mano puede ser utilizado tanto en materia de contrato de construcción como de contrato de arrendamiento. Así las cosas, un arrendamiento bajo la modalidad llave en mano implica que el arrendador realizaría todas las obras y adecuaciones del inmueble de tal forma que este esté en condiciones de ser abierto al público una vez sea entregado al arrendatario.

Como el inmueble estaría en condiciones de ser abierto al público en forma consecutiva con su entrega al arrendatario, no sería necesario usar una provisión TIA. El arrendatario no tendría que realizar mejora alguna.

En resumen, tanto un BTS como un contrato con entrega llave en mano, suponen que el arrendador realice obras en el inmueble. En el caso del primero dichas obras pueden extenderse (aunque no necesariamente) a las adecuaciones del inmueble para su apertura al público. El TIA, por su parte, supone que quien realiza las obras es el arrendatario, utilizando para ello la contribución entregada por el arrendador; por tanto, si el arrendatario es quien

¹³ Yuri Vega Mere y Anthony Muñoz Sivana, «Un sastre a la medida: breves comentarios para el desarrollo de proyectos built-to-suit», *Derecho & Sociedad*, n.º 55 (12 de diciembre de 2020): 337-46. PP 2

¹⁴ *Ibidem*.

realiza una mejora, entonces podría haber lugar a un TIA aún cuando se haya suscrito un BTS.

3.4. TIA en otros contratos de explotación económica inmobiliaria

Considerando al TIA como un elemento accidental de los contratos de arrendamiento, conviene preguntarse si es viable su aplicación en otro tipo de contratos donde se involucra la explotación económica de inmuebles. En particular en relación con el contrato de comodato y el contrato de concesión de espacios.

- 3.4.1. Contrato de comodato. El comodato en los términos del artículo 2200 del Código Civil, supone la entrega gratuita de la tenencia de un bien por parte del comodante a otra persona. Dada la gratuidad en los contratos de comodato, el comodatario no tiene que pagar un canon al comodante.¹⁵

La gratuidad del comodato, derivaría en que el dinero que entre el comodante al comodatario para la adecuación del inmueble tengan la misma calidad, salvo que expresamente se acuerde que tendrá el carácter de financiación a través de un contrato de mutuo. En ese sentido, podría considerarse como una donación o un mutuo si lo que existe es un crédito del comodante al comodatario.

- 3.4.2. Concesión de espacios. Vale la pena preguntarse si es viable acordar un TIA en un contrato concesión de espacios considerando que este no es un arrendamiento sino un contrato de colaboración empresarial.¹⁶ En efecto, en virtud de un contrato de concesión de espacios, un empresario (concedente) entrega un espacio a otro empresario (concesionario) para que este último, utilizando la clientela y demás recursos puestos a disposición por el concedente, realice una actividad de promoción de bienes y servicios, pagando al concedente un porcentaje de los ingresos por dicha actividad.¹⁷

Consideramos que, al ser la concesión de espacios un contrato de colaboración empresarial, nada obsta a que el concedente, en su calidad de dueño o controlante de los recursos a ser explotados por el concesionario (espacios, clientela, etc.) entregue unos recursos dinerarios para la adecuación del espacio del concesionario. En ese evento, la operación no se haría en el marco de un TIA, pues de serlo se le estaría reconociendo al concesionario la calidad de arrendatario, desnaturalizándose así el contrato de concesión de espacios. Por tanto, es fundamental explorar el término correcto a utilizar. Podría considerarse válido el subsidio de mejoras al concesionario o concessionarie improvement allowance (en inglés).

¹⁵ Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Contratos: Notas de Clase* (Bogotá, D.C: Legis Editores, 2021). PP 557

¹⁶ Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles: contratos atípicos*, 8.^a ed. (Bogotá, D.C: Legis Editores, 2015). PP 409

¹⁷ Enmanuel Cabezas Guzmán, «Inadecuada calificación del contrato de concesión de espacios como arrendamiento de local comercial en Colombia» (Universidad Santiago de Cali, 2019), <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/3499>. PP9

4. ASPECTOS RELEVANTES DEL TIA EN CONTRATOS DE ARRIENDO EN COLOMBIA

En la presente sección, el lector podrá apreciar una aproximación práctica de la aplicación del TIA en contratos de arrendamiento en Colombia. Es preciso reiterar que esta figura corresponde a una práctica del mercado inmobiliario. Su naturaleza no está regulada en la ley por tanto no puede considerarse inserta si las partes omiten acordar o renuncian a aplicarla en un contrato.

Adicionalmente, el TIA no parece corresponder a una costumbre mercantil dado que no tiene un carácter de práctica reiterada que pueda crear derecho o suplir la voluntad de las partes. Vale destacar que el TIA no es reconocido como una costumbre mercantil en las principales cámaras de comercio del país.¹⁸ Anticipamos que esto puede deberse a que, si bien es una práctica del mercado inmobiliario en algunos contratos de arrendamiento de largo plazo, lo cierto es que no es algo reiterado ni tampoco es de carácter obligatorio para los agentes del mercado. Es decir, y sin haber hecho un análisis del mercado, no pareciera que el TIA cumpla con las condiciones para ser una costumbre mercantil.

Para la aplicación del TIA es necesario un acuerdo expreso de las partes del contrato. Asimismo, al no haber una regulación supletiva en la ley o la costumbre mercantil, las partes deben regular en forma integral la aplicación del TIA en el contrato. De lo contrario, existiría un vacío que tendría que interpretarse de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

No obstante, el usar normas locales para interpretar vacíos de una cláusula basada en una práctica extranjera supone varios retos. El interpretar el contrato según la voluntad de las partes (artículo 1618) o bajo el entendido que la cláusula produzca efectos (artículo 1620) puede derivar en la aplicación de otras figuras, como que el dinero pagados no deben tener una destinación específica (adecuaciones al inmueble) o que el TIA sea considerado como un simple bono o prima por la suscripción del contrato de arrendamiento.

Quizás los artículos que más cabida podrían tener son los artículos 1622 y 1624 del Código Civil. Para aplicar el artículo 1622, particularmente sus incisos segundo y tercero,¹⁹ es requerido que las partes hayan celebrado previamente otros contratos donde se haya regulado el TIA o en los que, sin haberse regulado, las partes (o una de ellas con autorización de la otra) le dieron un sentido práctico. No obstante, de no existir un acuerdo previo entre las partes donde se haya incluido el TIA, este artículo sería inaplicable.

En lo que respecta al artículo 1624, que aplica si no fuere posible utilizar los artículos precedentes, consideramos que podría tener mayor uso. En efecto, en lo que respecta su inciso primero (interpretación en favor del deudor), esta podría tener cabida si el TIA fue propuesto por ambas partes; no impuesto por una de ellas. En relación con el segundo inciso, la

¹⁸ De acuerdo con la información pública disponible en las páginas web de la Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla (consultada el 10 de abril de 2021).

¹⁹ Incisos 2 y 3 del artículo 1622: “Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

ambigüedad o vaguedad en la cláusula del TIA podrá interpretarse en favor de la parte que no la impuso a la otra. Por ejemplo, si fue impuesta por el arrendatario (como deudor del pago luego de que el arrendador entregó el TIA), entonces se interpretará en favor del arrendador (como deudor de la obligación).²⁰ No obstante la posibilidad de su aplicación, la interpretación resultante puede desconocer la realidad del negocio que, a su turno, afectaría la estructura y ejecución del contrato.

La anterior consideración tiene un sustento económico y de negocio: la regulación del TIA (que prácticamente se refiere a su pago y destinación) tiene cabida en la primera etapa del contrato de arrendamiento de largo plazo. Sin su pago, el arrendatario, en principio, no tendría recursos para afrontar el costo de las adecuaciones. Sin las adecuaciones, no podría abrirse al público o puesto en funcionamiento en condiciones de mercado, por lo que el arrendatario no podría realizar sus actividades en condiciones adecuadas y los ingresos por dichas actividades en el inmueble podrían no ser los esperados.

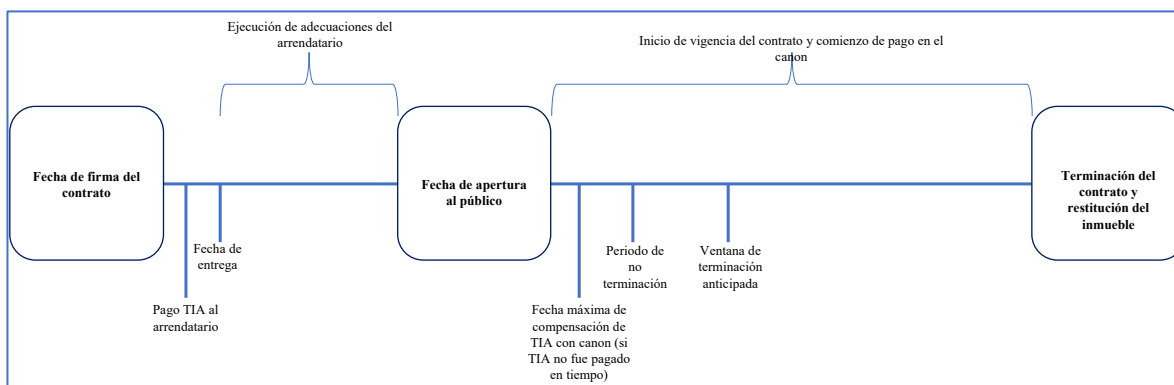
Así las cosas, la estructuración de contratos de arrendamiento de largo plazo en donde se utilicen provisiones como el TIA debe reflejar la realidad del negocio y evitar vacíos que den lugar a interpretaciones erróneas o descontextualizadas. Esto supone para el estructurador o redactor del contrato conocer la dinámica práctica, tanto legal como financiera y de negocio, de este tipo de operaciones. Por este motivo, y considerando que es una práctica de mercado no regulada en la ley, a lo largo de la presente sección se presentará una descripción de la estructura de este tipo de contratos y los principales aspectos a tener en cuenta tanto en la etapa contractual como precontractual.

Tal y como se ha indicado en diversas oportunidades, el TIA corresponde a una figura usualmente utilizada en contratos de arrendamiento de largo plazo. Dada su longevidad, en la práctica estos contratos suelen ejecutarse en diferentes a fases o etapas sujetas a diferentes hitos (que pueden ser plazos o condiciones). A continuación, describiremos esta dinámica. Posteriormente, se analizará en detalle los aspectos a tener en cuenta en cada una de las etapas donde el TIA resulte aplicable.

Normalmente el TIA es propuesto por alguna de las partes en los documentos prenegociales. En países como Estados Unidos es una práctica que el arrendador lo ofrezca desde un comienzo para atraer a posibles arrendatarios. No obstante, nada impide que sea el mismo arrendatario el que lo solicite como un factor decisivo del negocio. Vale destacar que esto último es lo más común en Colombia, debido a que esta figura ha sido requerida principalmente por arrendatarios que utilizan marcas internacionales de retail u oficinas. Ahora, si bien las partes pueden guardar silencio del TIA en los documentos prenegociales para regularlo integralmente en el contrato de arrendamiento definitivo, lo cierto es que al ser un factor decisivo de negocio, la propia dinámica de la negociación exige plantearlo desde el principio para evitar una negociación que, de entrada, será infructuosa porque una parte acepta aplicarla y la otra no.

²⁰ Arrendador y arrendatario son acreedores y deudores en función del momento del contrato. En un primer momento el arrendador es deudor de la entrega del TIA al arrendatario, quien es acreedor. Luego de su entrega, el arrendatario pasa a ser deudor de su pago al arrendador (cuando el TIA tiene un componente de financiación con amortización a través del canon).

Asumiendo que las negociaciones fueren exitosas, las partes suscriben un contrato de arrendamiento. En este contrato puede tener diferentes estructuras. Por un lado, puede tener una estructura tradicional en donde, con su firma se activan todas las obligaciones; es decir, el arrendador entrega la tenencia del inmueble al arrendatario y los recursos del TIA, y, simultáneamente, nace para el arrendatario la obligación de pagar el canon de arrendamiento al arrendador. Por otro lado, la estructura puede ser, como generalmente sucede, más compleja y con diferentes etapas que no necesariamente están vinculadas con el TIA. En la práctica la firma del contrato de arrendamiento corresponde a un punto de partida para definir plazos o condiciones para otros hitos como el pago de los recursos del TIA, tales como la entrega del inmueble al arrendatario, el tiempo para realizar obras de adecuación del inmueble, la fecha de apertura al público, la fecha de inicio de pago del canon, el plazo que tiene el arrendatario para compensar el impago del TIA con el canon de arrendamiento, plazo durante el cual ninguna de las partes podrá terminar el contrato, ventanas de terminación anticipada del contrato, etc. A continuación, el lector podrá apreciar una gráfica de este tipo de estructuras:



La anterior estructura se encuentra fundamentada en razones principalmente financieras y de negocio; no necesariamente legales. El momento de la firma del contrato no puede desencadenar en forma paralela o automática el nacimiento de las demás obligaciones del contrato. Como ya hemos advertido, el TIA supone una apuesta del arrendador por las actividades del arrendatario en el inmueble, previa ejecución de unas obras de adecuación que requieren un tiempo prudencial. En la firma del contrato no existirán operaciones en el inmueble que generen ingresos; esto sucederá una vez se realicen las adecuaciones para su apertura al público o puesta en funcionamiento. Adicionalmente, en ocasiones los montos del TIA son tan altos que el arrendador requiere de unos días para tramitar su pago al arrendatario. Asimismo, en ocasiones se acuerdan unas condiciones para la entrega del inmueble, que pueden variar desde aspectos técnicos (como lo son aspectos constructivos estructurales, conexiones de servicios públicos, etc.) como legales (pago de impuestos, modificaciones del reglamento de propiedad horizontal, trámite de licencias urbanísticas para el desarrollo de las adecuaciones del arrendatario, etc.) o de negocio (i.e. que se haya realizado el pago del TIA al arrendatario). Una vez pagado el TIA y entregado el inmueble, el arrendatario tiene un plazo para realizar las adecuaciones y poner en óptimas condiciones al inmueble para la apertura al público.

La apertura supone otro gran hito fundamental para el contrato y para el TIA. A partir de este momento el arrendatario empieza a recibir ingresos por sus actividades en el inmueble y es cuando se empieza a materializar la apuesta del arrendador en las actividades del arrendatario. Por lo anterior, desde este momento es que nace para el arrendatario la obligación de pagar el canon. Asimismo, si el arrendador no honró su obligación de pagar el TIA, el arrendatario suele reservarse la facultad de asumir su pago y compensarlo con los cánones de arrendamiento que se causen hasta cubrir el monto del TIA. Finalmente, como solo a partir de la apertura al público o puesta en funcionamiento del inmueble es que se empieza a causar el canon y la explotación económica del inmueble, es usual que sea desde ese momento que se empiecen a contar los diferentes plazos del contrato, bien sea su vigencia inicial, el período de no terminación anticipada y las ventanas de terminación anticipada en favor de una o ambas partes.

Habiendo descrito la estructura de un contrato de arrendamiento a largo plazo donde se hace uso del TIA, a continuación nos permitiremos identificar los puntos críticos más relevantes para cada una de las partes si se utiliza el TIA tanto en la etapa prenegocial como negocial:

4.1. Etapa precontractual

Bien sea por propuesta del arrendador o del arrendatario, lo cierto es que el TIA, por su monto dinerario y su trascendencia para la parte que lo requiere, esta figura suele plantearse desde la etapa prenegocial del contrato de arrendamiento. Al respecto, surge la inquietud acerca de los aspectos que debería tener su regulación en la etapa precontractual.

El nivel de regulación dependerá del tipo de documento precontractual utilizado. Si se utilizan documentos tales como ofertas o promesas de arrendamiento en donde solo está pendiente la aceptación de la otra parte (en el caso de la oferta) o el cumplimiento de un plazo o condición (en el caso de la promesa), está claro que dichos documentos deberán regular integralmente lo relativo al TIA. No obstante, si se trata de otros documentos meramente preparatorios para una posterior negociación²¹ (carta de intención, memorando de entendimiento, hoja de términos, etc.), su regulación, si bien puede ser integral, en la práctica suele ser significativamente menor, en el entendido que será desarrollado en el marco de las negociaciones.

Vale destacar que en los casos donde se incorpora el TIA no es usual utilizar ofertas o promesas de arrendamiento. La obligatoriedad de contener todos los elementos del contrato desconocería la necesaria negociación de elementos accidentales que, como el TIA, ni siquiera están reconocidos por la leyes colombianas y que contienen un alto componente financiero. Adicionalmente, y según el lector pudo apreciar en la estructura de estos contratos, en vez de optar por una promesa de arrendamiento, se prefiere suscribir un contrato y someter parte de sus obligaciones a plazos o condiciones.

Dado lo anterior, consideramos pertinente enfocar esta sección a la regulación del TIA en los documentos preparatorios de una negociación (carta de intención, memorando de

²¹ Juan Carlos Varón Palomino, «Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia: apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato», *Anuario de derecho privado*, n.º 1 (2019): 153-84. PP 155.

entendimiento, etc.). Según indicamos, si bien pueden tener una regulación integral del TIA, en la práctica suelen regular aspectos básicos sobre los cuales las partes entran a negociar detalladamente. En particular, es conveniente que en estos documentos se incluya: (i) el monto del TIA; (ii) sus exclusiones; y (iii) el nivel de determinación del canon de arrendamiento y el plazo que tendría el contrato de arrendamiento.

En cuanto al primer aspecto, vale destacar que el monto del TIA supone diferentes aspectos críticos. Por ejemplo, la moneda sobre la cual se calcula y será pagado. Si es en moneda extranjera, la tasa representativa del mercado bajo la cual será calculado su pago (i.e. si es la vigente al momento de la firma del contrato de arrendamiento, la fecha de su pago, etc.), la utilización de instrumentos de cobertura económica de riesgos de tasas de cambio (i.e. contratos de forward) o, incluso, la existencia de cuentas de compensación²² para hacer su pago en moneda extranjera y no en pesos colombianos.

Otro aspecto relacionado con el monto corresponde a las cargas fiscales asociadas al pago del TIA. Tributariamente el TIA, como ocurre con un bono o prima, es considerado como un ingreso ordinario que, no solo se computa para el cálculo del impuesto de renta y complementarios, sino que puede exigir para el arrendador la aplicación de la retención en la fuente que fuere aplicable. Si bien cada parte es responsable de sus respectivas cargas impositivas, no es descartable que, sobretodo en el caso del arrendatario, el presupuesto de las adecuaciones lo haya elaborado su casa matriz en otro país y se haya calculado con un TIA neto de tributos y por tanto en un ciento por ciento disponible para ser utilizado. Por tanto, es conveniente dejar claro este aspecto desde los documentos preparatorios a fin de que, si es necesario, las partes acuerden los mecanismos para administrar los impactos, como por ejemplo un incremento del monto del TIA para aumentar así su valor neto de impuestos.

En lo que respecta al segundo aspecto del TIA, destacamos que en ocasiones una de las partes (usualmente el arrendador) tiene un interés en que los recursos tengan unas destinaciones específicas (i.e. determinados materiales de obra) o que, por otro lado, no sea utilizado para ciertas adecuaciones. La definición de estas destinaciones específicas o exclusiones dependerá de la voluntad de la parte interesada en ello. En ocasiones pueden suponer un punto de quiebre del negocio para el arrendatario, por lo que es ideal plantearlas desde un inicio.

Por último, es imprescindible que los documentos preparativos brinden información del plazo que tendrá el contrato de arrendamiento y el nivel de determinación del canon. Estas dos variables resultan fundamentales para que el arrendador pueda hacer un análisis de conveniencia financiera del TIA.²³ Insistimos: aún si no hay un componente de financiación y se asume el riesgo de no ser recuperado, el arrendador que entrega un TIA tiene la intención de que las operaciones en el inmueble sean exitosas y logre recuperar el monto entregado y obtener una plusvalía a través de los cánones de arrendamiento.

²² En los términos de la Circular Reglamentaria Externa DCIN 83 de 2021 del Banco de la República

²³ Sheehan, «The value of contractual terms in office leases». PP 19 “Given the data described above, the total consideration over the term of each lease can be calculated as the average rent per year (which includes the effect of free rent and an estimate of expenses) multiplied by lease term in years less the total amount of any tenant improvement allowances and leasing commissions.”

Si bien de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil los elementos esenciales de un contrato de arrendamiento son cosa (en este caso inmueble) y canon, en la práctica los contratos de arrendamiento de larga duración han incorporado al plazo determinado como otro elemento esencial, por lo menos para los efectos de la negociación y cálculos financieros. Difícilmente podrán encontrarse operaciones de arrendamientos inmobiliarios de larga duración en los que se incorporen cláusulas como BTS, TIA, periodos de gracia, etc., sin que por lo menos una de las partes haya tenido en cuenta un plazo determinado para realizar las proyecciones y cálculos financieros aplicables.

En lo que respecta al canon, es esencial que desde un inicio se defina su nivel de determinación. Al respecto, la práctica inmobiliaria en materia de arrendamientos de inmuebles comerciales ha reconocido diferentes niveles de determinación del canon. Pueden existir cánones determinados, en donde el arrendatario paga al arrendador una suma específica previamente establecida. También es válido acordar cánones determinables a través de ciertas variables. Por ejemplo, en materia de locales comerciales para actividades de *retail*, el canon puede ser calculado como un porcentaje de los ingresos o ventas del respectivo local. De ser este el caso, el arrendador deberá validar las exclusiones que el arrendatario pretende aplicar a las variables. Por ejemplo, algunos arrendatarios solicitan que los ingresos por concepto de ventas por internet no sean tenidos en cuenta dentro de los ingresos para el cálculo del canon; luego, la base gravable se disminuye. Con base en el canon determinado o las proyecciones financieras del canon determinable, el arrendatario podrá evaluar si estos, durante el plazo del contrato, le permitirían el retorno esperado.

Puede suceder que las partes acuerden un periodo de no pago del canon (*free rent period*²⁴ en inglés) una vez el inmueble esté en funcionamiento o abierto al público. Esto con la intención de darle flexibilidad financiera (caja) al arrendatario durante el inicio de sus actividades, minimizando así sus costos de operación y permitiendo atender otros costos de vital importancia durante a la apertura. Por ejemplo, en el caso de unidades comerciales (especialmente en el sector *retail*), el arrendatario podría disponer de más recursos para publicidad y personal extra durante la apertura. También, en el caso del sector servicios (oficinas), el arrendatario podría utilizar ese período de gracia para minimizar los impactos de la consecución de clientes de sus servicios puesto que no necesariamente pueden estar atendidos en un ciento por ciento al momento de la apertura al público.

4.2. Etapa contractual (contrato de arrendamiento)

El contrato de arrendamiento deberá tener regulado en una forma integral y detallada aquellos aspectos previamente anunciados en los documentos preparatorios de la negociación. Es decir, no debe haber duda del plazo, canon y monto del TIA, así como de las adecuaciones que serán objeto de destinación específica o exclusión por parte del arrendatario. Respecto de estas últimas, al tener un concepto y alcance constructivo o arquitectónico, será necesario que esté expresado en lenguaje técnico que correspondiere.

²⁴ Sheehan. PG 17 “Free rent is a commonly negotiated lease concession that allows the tenant to reduce de amount of rent to be paid (...)”

La estructura del contrato, sus etapas e hitos también resultan un aspecto fundamental en lo que respecta al TIA. Dentro de estos, se destaca su forma de pago, principalmente en lo que respecta a fecha de pago y número de instalamentos que realizará el arrendador.

En lo que respecta al número de instalamentos de pago del TIA, estos suelen depender del nivel de control que el arrendador pretenda tener sobre la inversión de los recursos por parte del arrendatario. No todos los arrendadores tienen la intención o la necesidad de hacer seguimiento a las inversiones; sin embargo, aquellos que sí lo requieren (principalmente por su experiencia en este tipo de actividades, como operadores de activos inmobiliarios o fondos de inversión) pretenden acordar desembolsos parciales del TIA en función del avance o la necesidad de caja del respectivo cronograma de obra de las adecuaciones.

El arrendatario está interesado en que el pago del TIA se realice en los tiempos acordados, por lo que requiere que existan sanciones en caso de incumplimientos. Estas sanciones podrán tener diferentes características y condiciones. En primer lugar, el incumplimiento en el pago del TIA puede suponer para el arrendador la causación y consecuente pago de intereses de mora por incumplir una obligación dineraria. Lo anterior sin perjuicio de que las partes pueden acordar periodos de cura o remediación, en donde la parte incumplida (en este caso el arrendador) puede honrar su obligación (pago del TIA) sin que se considere como un incumplimiento del contrato. La gravedad de este incumplimiento (si no hubiere periodo de cura o si, habiendo, persiste el incumplimiento) puede tener diferentes consecuencias, entre las que se destaca que dicho incumplimiento sea considerado como una justa causa para la terminación del contrato por parte del arrendatario. A propósito de la facultad de terminación del contrato por el no pago del TIA, precisamos que, para el momento de dicho incumplimiento, el contrato habrá tenido poco tiempo de haberse suscrito e, incluso, difícilmente podrían darse los supuestos para que el arrendatario tenga derecho a la renovación en los términos del artículo 518 del Código de Comercio. Además, aún si se cumplieran los supuestos, si el arrendatario pretende terminar el contrato por esta causal, entonces estaría desistiendo de su derecho a renovarlo.

No obstante, habida cuenta de que el TIA es usado en operaciones donde las partes y, particularmente, el arrendatario cuenta con suficientes recursos dinerarios, en la práctica este último no suele considerar el incumplimiento de esta obligación como una causal que dé lugar a la terminación del contrato. En su lugar, el arrendatario se reserva la facultad de compensar el TIA no pagado con un porcentaje de los cánones de arrendamiento que deba pagar al arrendador. Con esto, el arrendatario garantiza la continuidad del contrato y de sus actividades en el inmueble, habida cuenta de que el monto del TIA sería compensado en un período determinado de tiempo. El arrendador, por su parte, tiene la convicción de que, finalizada la compensación, empezaría a recibir un canon pleno que, considerando la larga duración del contrato, resultaría más beneficioso que una terminación anticipada en donde no recibiría ingresos por el inmueble.

En el evento que el TIA comporte un componente de financiación, el arrendador puede estar interesado en una garantía de pago por parte del arrendatario. Lo anterior incluye todo el catálogo de garantías mobiliarias e inmobiliarias de nuestro país. En particular destacamos la importancia de las garantías o fianzas de los socios o casa matriz del arrendatario,

principalmente cuando este explota una marca con presencia internacional.²⁵ En cualquier caso, el arrendatario, que es quien tiene la obligación de presentar una garantía, estará interesado en atar su duración con el tiempo que financieramente acuerden las partes para amortizar el TIA.

El arrendador, según ya anticipamos, también puede tener interés en que exista un control a la inversión de los recursos del TIA por parte del arrendatario. Para ello existen mecanismos adicionales al pago por cuotas vinculado al cronograma de las obras, ya explicado. El arrendador también puede pretender ejercer una labor de interventoría de las obras del arrendatario con el fin de verificar que técnica y financieramente los recursos del TIA sean bien administrados y destinados a adecuaciones en el inmueble o aquellas específicas acordadas por las partes. Dicha labor de interventoría debe quedar plenamente regulada en el contrato de arrendamiento. Asimismo, el arrendador puede estar interesado en un catálogo de sanciones en caso de indebidas destinaciones del TIA por parte del arrendatario.

Otro aspecto fundamental en contratos de arrendamiento de larga duración a tener en cuenta, si se utiliza el TIA, corresponde a las causales de terminación unilateral del contrato por una de las partes. Vale recordar que este tipo de contratos suelen tener un plazo determinado, acompañado, generalmente, de regulaciones a propósito de su prórroga y/o renovaciones. La determinación de ese plazo descarta la aplicación de ciertas normas de nuestro Código Civil, principalmente las relativas al tiempo del desahucio de contratos con plazo determinado o indeterminado²⁶. No obstante, es válido acordar ciertos hitos u oportunidades para que una o cualquiera de las partes pueda dar por terminado el contrato antes del vencimiento de su plazo sin que eso implique un incumplimiento de este, generalmente pagando a la otra parte con una suma determinada o determinable para tal fin²⁷. De lo contrario, si una parte quisiera terminar el contrato debería constituirse en incumplimiento de este, debiendo indemnizar a la otra parte en los términos de la ley. Esta indemnización puede ser considerablemente alta, especialmente para el arrendatario, quien deberá pagar los cánones pendientes por causarse en los términos del artículo 2003 del Código Civil, los cuales en un contrato de larga duración pueden representar una cifra muy elevada e, incluso, desproporcional.

Al respecto, en materia del TIA, independientemente de si este tiene un componente de financiación, es usual encontrar dos situaciones. Por un lado, que dichas ventanas de terminación no aplican durante el tiempo de amortización del TIA (si tiene un componente

²⁵ Erick Rincón Cárdenas et al., «Actualidad jurídica: Contratos de garantía. El contrato de hipoteca. El aval. Cartas de crédito stand-by y garantías de casa matriz. Contrato de prenda. Fiducia de garantía», *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 7, n.º 1 (2005): 194-276. PP 246

²⁶ Contenidas en los artículos 2009 y 2012 del Código Civil, respectivamente.

²⁷ En opinión de este autor, las causales de terminación unilateral y anticipada de los contratos de arrendamiento son válidas y no entran en conflicto con el derecho de renovación que tiene el arrendatario de locales comerciales al vencimiento del contrato según el artículo 518 del Código de Comercio, ya que corresponden a dos figuras distintas: una a la terminación y la otra a la renovación. El Código de Comercio guarda silencio frente a las causales de terminación del contrato de arrendamiento de local comercial, pues solo se limita a indicar cuando el arrendatario no tiene derecho de renovación (que es muy diferente a regular las causales de terminación). En esa medida, es necesario acudir a las disposiciones del Código Civil, que sí regula las causales de terminación y permite pactos adicionales. Por tanto, nada obsta a que las partes acuerden terminaciones anticipadas.

de financiación) o hasta que el arrendador recupere la suma invertida. Lo anterior en la medida que, aún si no hubo una financiación en el marco del TIA, el arrendador esperaría recuperar el dinero pagado con los ingresos del contrato. Por otro lado, es viable acordar que las sumas a pagar por el arrendatario por el ejercicio de las ventanas de salida sean mayores si para ese momento no se ha terminado de amortizar el TIA o el arrendador no ha recuperado la suma entregada al arrendatario²⁸. Vale destacar que, en cualquiera de estos casos, la determinación del período de restricción de las ventanas de salida o de las sumas a pagar tienen un alto componente financiero. Por ello, resulta esencial articular el contenido legal del contrato con las proyecciones y plazos determinados por el equipo contable y financiero del arrendador.

El pacto del TIA supone varios retos en aquellos eventos en que el arrendatario tenga derecho a la renovación²⁹ del contrato de arrendamiento en los términos del artículo 518 del Código de Comercio. En particular, esta situación invita a preguntarse lo siguiente: ¿la renovación debe incluir un nuevo TIA? Y ¿cómo debería calcularse el nuevo canon si hubo un TIA pagado al principio del contrato? Frente al primer interrogante, en nuestra opinión, la respuesta debería ser no. Como la renovación invita a renegociar los términos del contrato, si las partes no se ponen de acuerdo en un nuevo TIA, no será obligatorio incluir en el contrato renovado. El segundo interrogante ofrece unos retos más exigentes. Si el TIA tuvo componente de financiación, si al momento de la renovación ya está amortizado y no hubo acuerdo frente a un nuevo TIA, es claro que el nuevo canon no debería incluir un concepto de TIA. Ahora, la situación no es tan clara cuando el TIA no tuvo componente financiación y por tanto no puede considerarse contablemente como amortizado. Al respecto, si bien estos casos el canon no tiene un componente claro del TIA (como sí sucede con el TIA de financiación) lo cierto es que su valor es mayor a si no se hubiera pactado un TIA. En esa medida, podría considerarse que dicho mayor valor deberá seguir estando incorporado en el nuevo canon. En todo caso, la decisión la tendrá el juez a cargo de determinar el nuevo canon.

Adicional a lo anterior, podría existir una gran discusión a propósito de las consecuencias de no desahuciar al arrendatario en los términos del artículo 520 del Código de Comercio. La omisión del desahucio³⁰ deriva en que el contrato de arrendamiento sea renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Es decir, en este caso aplica una prórroga automática del contrato. Dado lo anterior, conviene hacerse nuevamente los anteriores interrogantes ya que esta norma, a diferencia del artículo 518 del Código de Comercio, si ordena la prórroga en las mismas condiciones inicialmente acordadas, es decir: ¿el arrendador debería entrega al arrendatario un nuevo TIA? ¿en el caso del TIA con componente de financiamiento, el arrendatario debe continuar pagando un canon que incorpora una parte de amortización del TIA?

El texto de la norma indica textualmente que se prorroga en los mismos términos y condiciones del contrato inicial. Esto incluye los elementos esenciales (inmueble y canon) y

²⁸ Sheehan, «The value of contractual terms in office leases». PG 11

²⁹ El artículo 518 del Código de Comercio hace referencia a un derecho de renovación, no de prórroga.

³⁰ La omisión del desahucio aplica cuando el arrendador pretende cancelar el derecho de renovación a favor del arrendatario porque requiere el inmueble para su habitación o establecimiento de comercio sustancialmente distinto del que tenía el arrendatario o cuando requiere el inmueble para ser reconstruido, reparado o demolido.

los accidentales (el TIA). Con esto, podría interpretarse, preliminarmente, que el arrendador tendría que entregar un nuevo TIA al arrendatario. No obstante, vemos pertinente tener presente las siguientes consideraciones: (i) según indicamos anteriormente, el TIA es pagado en una etapa o fase preliminar del contrato, incluso antes del inicio del pago del canon o de la misma vigencia del contrato de arrendamiento, por lo que para el momento que trata el artículo 520 del Código de Comercio su obligación ya debió cumplirse (o su incumplimiento ha debido superarse); y (ii) para el momento que aplicaría la prórroga el arrendatario ya tendría un local adecuado y abierto al público. Por tanto, podría discutirse si realmente existe una causa contractual para que el arrendador entregue el nuevo TIA. En nuestra opinión la prórroga del artículo 520 del Código de Comercio debe entenderse como una continuación del contrato de arrendamiento en la forma en que estaba ejecutándose al momento que aplica dicho artículo, que no es otro sino el vencimiento del plazo inicial sin desahucio cuando este era requerido. Así las cosas, no sería necesario pagar un nuevo TIA.

Por otro lado, en lo que respecta a la segunda inquietud, pareciera ser que el arrendatario tendría que pagar el canon acordado en el contrato inicial, con un TIA. Si el TIA no tenía un componente de financiación, entonces válidamente podría concluirse que sí debería seguir pagando el canon inicialmente acordado. Ahora, si el TIA sí tenía financiación, entonces al vencimiento del contrato inicial ya debía estar amortizado, por lo que en, en principio, no tendría que continuarse pagando. Sin embargo, la redacción del artículo 520 del Código de Comercio permite interpretar que el canon debería ser el acordado en el contrato inicial. Así las cosas, el canon de la prórroga seguiría incorporando la parte que servía para amortizar el TIA. En todo caso, esta discusión podría evitarse si el contrato inicial discriminara dos cánones: uno con el TIA amortizado y otro sin el TIA amortizado.

Finalmente, el contrato de arrendamiento que incorpora un TIA suele tener un régimen especial relativo a las mejoras derivadas de la implementación del TIA. En particular, las partes suelen estar interesadas en regular: (i) las autorizaciones para la ejecución de obras; (ii) la propiedad de las adecuaciones ejecutadas por el arrendatario; y (iii) su retiro a la terminación del contrato.

En materia de autorizaciones, el arrendatario suele requerir que, con la firma del contrato, el arrendador lo faculte para realizar las obras de adecuaciones en el inmueble. Esta autorización suele incluir la expedición de poderes y la coadyuvancia del arrendador para el trámite de licencias urbanísticas³¹ y demás permisos requeridos para la ejecución de las obras del arrendatario. Dado que estas actividades suelen estar circunscritas a un cronograma de actividades, el arrendatario propenderá por que el arrendador tenga un plazo determinado (usualmente en días) para entregar los documentos, poderes y demás información requerida por el arrendatario.

³¹ En los términos de las normas urbanísticas, el propietario o poseedor del inmueble o los fideicomitentes (si el propietario es un patrimonio autónomo en el marco de un contrato de fiducia mercantil) son los únicos legitimados para tramitar licencias de construcción sobre sus respectivos inmuebles (artículo 2.2.6.1.2.1.5 del decreto 1077 de 2015). Por este motivo, resulta vital el otorgamiento del poder y la coadyuvancia del arrendador en estos trámites. Si el arrendador nos es propietario, el arrendatario requerirá una obligación particular por parte del propietario en ese sentido o que el arrendador estuviere ampliamente facultado por el propietario para tramitar los permisos.

En lo que respecta al segundo aspecto de las mejoras, destacamos que estas suelen ser de propiedad del arrendatario. Por un lado, el arrendatario las ejecuta por su cuenta y riesgo, independientemente del origen de los recursos para su construcción. El arrendador no celebra un contrato de obra sino un contrato de arrendamiento. El arrendatario no las ejecuta como contratista del arrendador. Asimismo, contablemente el arrendatario se encuentra facultado para depreciar las obras³² y tributariamente el arrendatario puede deducir las depreciaciones de las mejoras siempre que su propiedad sea transferida al arrendador sin costo alguno a la terminación del contrato. Lo anterior no supone mayor inconveniente para el arrendatario dado que, para la finalización del contrato, las adecuaciones estarán completamente depreciadas. Por los anteriores motivos, es viable que las partes acuerden expresamente en el respectivo contrato de arrendamiento que las adecuaciones, por lo menos aquellas ejecutadas con el TIA, serán de propiedad del arrendatario. De igual forma, para efectos fiscales, las partes expresamente pueden disponer que las adecuaciones incorporadas por el arrendatario no serán compensadas, por lo que el arrendatario renuncia a la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 1994 del Código Civil.

El último aspecto relativo al régimen de adecuaciones o mejoras del arrendatario tiene que ver con su retiro a la finalización del contrato. Para algunos arrendadores resulta conveniente que el inmueble conserve las adecuaciones una vez finalice el contrato de arrendamiento; estas pueden ser aprovechadas por el arrendador o nuevos arrendatarios. No obstante, puede suceder que el arrendador esté interesado en recibir el inmueble en el estado que lo recibió y que un nuevo arrendatario le adecúe según sus intereses, o que el mismo arrendatario no desee que, sobretodo, su material mobiliario, muchas veces asociado con su marca, sea utilizado o explotado por terceros. En función de los intereses de las partes, se suele acordar expresamente si el arrendatario retirará o no las mejoras del inmueble a la terminación del contrato.

5. CONCLUSIONES

El mercado inmobiliario ha adquirido una sofisticación derivada principalmente del ingreso de compañías extranjeras, lo cual ha sido acompañado con la incorporación de figuras extranjeras (como el TIA) en los principales contratos inmobiliarios, entre los cuales destaca el arrendamiento. Esto ha supuesto que, tanto contractual como financieramente, se planteen novedosos escenarios para contratos que típicamente han sido contratos de cambio. En la actualidad, el arrendador, según ciertas regulaciones de contratos de arrendamiento, asumen, voluntariamente, obligaciones bien sea de construir y adecuar el inmueble para las actividades del arrendatario o bien para entregar un dinero a título de TIA, con o sin un componente de financiación, para que el arrendatario adecúe el inmueble de acuerdo con sus necesidades.

Indudablemente, estas figuras, como el TIA, no fueron objeto de regulación (o siquiera mención) por las normas colombianas en materia de arrendamientos adoptadas en 1887 y 1971, ni tampoco pareciera tener el carácter de costumbre mercantil. No obstante, el carácter supletivo de estas normas ha permitido que en la práctica el mercado las pueda utilizar, expresando, como ya vimos, pactos en contrario o complementarios a dichas normas. En esa

³² Consejo Técnico de Contaduría. Concepto 376 del 27 de abril de 2018.

medida, salvo por lo relativo a la aplicación de las normas de arrendamientos de locales comerciales del Código Comercial, no es necesario proponer una regulación o cambio normativo de esta figura.

No obstante, sí parece cierto que el TIA, así como otras figuras de arrendamientos contemporáneos (como los BTS) abren la puerta a discutir si es necesario continuar con las protecciones del Código de Comercio a los arrendatarios o si estas deben ser objeto de una revisión. Lo anterior dado que pueden haber diferentes interpretaciones en relación con el TIA y el derecho de renovación del artículo 518 o el derecho de prórroga (o renovación en las condiciones inicialmente acordadas) cuando no hubiere deshaucio en los términos del artículo 520 del Código de Comercio. Esas normas fueron contempladas para un contrato de arrendamiento tradicional, ajeno a provisiones como TIA o BTS. En opinión de este autor, este es un punto a favor de las posturas que consideran a estas protecciones legales como anacrónicas para el mercado inmobiliario actual donde existen arrendatarios supremamente especializados y capaces de imponer provisiones contractuales, como varias de las explicadas en este documento, que protejan sus derechos en armonía con las disposiciones del respectivo arrendamiento.

En el entretanto, le corresponde a la doctrina recopilar los principales aspectos asociados a la práctica del TIA y confrontarlo contra el ordenamiento colombiano. Esto permite extrapolar la figura del mercado y la práctica netamente inmobiliaria para que sea consultada por agentes inmersos o externos al mercado, incluyendo jueces y árbitros.

Por otro lado, el TIA permite dinamizar el mercado de los arrendamientos comerciales a largo plazo en Colombia. No es descartable que su uso se traslade a nuevos escenarios negociales, en donde las partes del contrato no sean necesariamente las que, por su músculo financiero o importancia en el mercado, lo han venido aplicando. En estos momentos de reapertura económica, bien pueden los arrendadores apostar por el éxito del negocio de sus arrendatarios (i.e. emprendedores) a través del TIA. Para ello, se requiere que esta figura sea lo suficientemente desarrollada y conocida, de tal forma que los interesados tengan certeza de sus alcances y ventajas.

Referencias bibliográficas

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles: contratos atípicos*. 8.^a ed. Bogotá, D.C: Legis Editores, 2015.
- Banco de la República de Colombia. Circular Reglamentaria Externa - DCIN - 83 (27 de agosto de 2021).
- Cabezas Guzmán, Enmanuel. «Inadecuada calificación del contrato de concesión de espacios como arrendamiento de local comercial en Colombia». Universidad Santiago de Cali, 2019. <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/3499>.
- Cámara de Comercio de Bogotá [CCB]. «Listado de Costumbres Mercantiles». CCB. Accedido 14 de febrero de 2022. <https://www.ccb.org.co/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Contratos: Notas de Clase*. Bogotá, D.C: Legis Editores, 2021.
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 57 de 1887: Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. (Diario Oficial 7.019 1887).
- Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad. «Norma Internacional de Contabilidad 16: Propiedades, Planta y Equipo». IFRS Foundation, 2001. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIC%2016.pdf>.
- Consejo Técnico de Contaduría. Concepto 376 del 27 de abril de 2018. 2018 https://cijuf.org.co/sites/cijuf.org.co/files/normatividad/2018/ConCTCP376_18.pdf
- Celis Rodriguez, David Arturo. «Más Allá del Arrendamiento: Figuras de Comercialización de Tenencia Alternativas en el Mercado Inmobiliario Colombiano». Universidad de los Andes, 2021. <http://hdl.handle.net/1992/52985>.
- Fields, Austin Blake. «Location, Location, Experience Creation: The Market Dynamics and Financial Impacts of Experiential Retail». Harvard University, 2020. <https://nrs.harvard.edu/URN-3:HUL.INSTREPOS:37364676>.
- FNRP. «What Is a Tenant Improvement Allowance? A Guide by FNRP». First National Realty Partners, 2021. <https://fnrpusa.com/blog/tenant-improvement-allowance/>.
- Hagy, James, y Alicia Langone. «Perspectives-Susanna Fodor of Scarola Malone Zubatov». *Rooftops Project*, n.º 33 (2016). http://digitalcommons.nyls.edu/rooftops_project/33?utm_source=digitalcommons.nyls.edu%2Frooftops_project%2F33&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 410 de 1971: Por el cual se expide el Código de Comercio (Diario Oficial 33.339 16 de junio de 1971).
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 624 de 1989: Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales (30 de marzo de 1989).
- Presidente de la República de Colombia. Decreto 1077 de 2015: por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, en la página

- 1072, por error se publicó sin número. Por ello se aclara que el Decreto corresponde al 1077 del 26 de mayo de 2015. (Diario Oficial 49.523 26 de mayo de 2015).
- Redacción Visual Lease. «Tenant Improvement Allowance Accounting for Landlords». Visual Lease, 1 de enero de 2021. <https://visualease.com/tenant-improvement-allowance-accounting-for-landlords/>.
- Rincón Cárdenas, Erick, Alvaro Mendoza Ramírez, Luis Augusto Cangrejo, José Alberto Gaitán Martínez, Alfredo Sánchez Belalcázar, Juan Carlos Varón Palomino, y Carlos E Manrique Nieto. «Actualidad jurídica: Contratos de garantía. El contrato de hipoteca. El aval. Cartas de crédito stand-by y garantías de casa matriz. Contrato de prenda. Fiducia de garantía». *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 7, n.º 1 (2005): 194-276.
- Sheehan, Kevin Thomas. «The value of contractual terms in office leases». Master, Massachusetts Institute of Technology., 2006. <https://dspace.mit.edu/handle/1721.1/37445>.
- Strong, Ryan. «Implementing TI Construction into Cal Poly's Construction Management Curriculum». *Construction Management*, 1 de diciembre de 2019. <https://digitalcommons.calpoly.edu/cmisp/287>.
- Varón Palomino, Juan Carlos. «Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia: apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato». *Anuario de derecho privado*, n.º 1 (2019): 153-84.
- Vega Mere, Yuri, y Anthony Muñoz Sivana. «Un sastre a la medida: breves comentarios para el desarrollo de proyectos built-to-suit». *Derecho & Sociedad*, n.º 55 (12 de diciembre de 2020): 337-46.