

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Inexistencia del contrato de arrendamiento mercantil por falta de
elementos esenciales**

Camila Burneo Cordovez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Camila Burneo Cordovez

Código: 00132010

Cédula de identidad: 1724729510

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre del 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO MERCANTIL POR FALTA DE ELEMENTOS ESENCIALES ¹

THE NON-EXISTENCE OF THE LEASING CONTRACT DUE TO THE LACK OF ESSENTIAL ELEMENTS

Camila Burneo Cordovez²
cami.burneo97@hotmail.com

RESUMEN

Este trabajo es un análisis respecto al efecto jurídico que genera la falta de uno o más derechos alternativos del arrendatario, prescritos en el Código de Comercio, a propósito del contrato de arrendamiento mercantil. Por un lado, se analizó, en base a la interpretación del Código, si puede considerarse o no, como arrendamiento mercantil, un contrato celebrado con la ausencia de los mencionados derechos alternativos, por entenderse a estos como elementos de la naturaleza del contrato. Posteriormente, se buscó demostrar que dicho efecto radica en la inexistencia del contrato, por tratarse los derechos alternativos, de elementos de la esencia. Para esto, se descartó la posibilidad de que el contrato de leasing degenera en uno diferente, tratándose de una posibilidad prescrita en el Código Civil. Todo esto, debido a que dicha degeneración conlleva a la falta de consentimiento entre las partes, requisito indispensable para la existencia del contrato.

ABSTRACT

This essay carried out an analysis regarding to the legal effect of the lack of one or more alternative rights of the lessee, prescribed on the Commercial Code, regarding to the leasing contract. On the first hand, based in the Code's interpretation, it was analyzed whether, a contract celebrated with the absence of the mentioned alternative rights, can be considered as leasing, or not, for being considered the alternative rights as nature elements. On the other hand, it wanted to demonstrate, that the mentioned effect is the non-existence of the contract, because the alternative rights are considered leasing contract's essence elements. For this result, the analysis ruled out the possibility of the degeneration of the leasing into another contract, considering it is a possibility described in the Civil Code. This, because the degeneration leads on a lack of consent of the parties, considered as an essential requirement of the contract existence.

PALABRAS CLAVE

Arrendamiento mercantil, elementos de la esencia, inexistencia, conversión, consentimiento.

KEYWORDS

Leasing, essence elements, non-existence, conversion, consent.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Vladimir Villalba.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 18 de diciembre del 2020
Fecha de publicación: 18 de diciembre del 2020

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 2.1 MARCO NORMATIVO.- 2.2 TEORÍAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA JURÍDICO.- 2.3 ESTADO DEL ARTE.- 3. NATURALEZA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO MERCANTIL.- 3.1 CONCEPTO.- 3.2 CARACTERÍSTICAS.- 3.3 FINALIDAD.- 4. SOBRE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL.- 4.1 CONSENTIMIENTO.- 4.2 OBJETO Y CAUSA.- 4.3 OBSERVANCIA DE SOLEMNIDADES.- 4.4 ELEMENTOS DE LA ESENCIA.- 5. EFECTO JURÍDICO DE LA FALTA DE DERECHOS ALTERNATIVOS EN EL ARRENDAMIENTO MERCANTIL.- 5.1 TESIS AFIRMATIVA DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL.- 5.2 TESIS NEGATIVA DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL.- 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de arrendamiento mercantil, financiero o leasing, como mecanismo de financiamiento para compañías en Ecuador, ha evolucionado con el pasar de los años. Dada su reciente reforma, el nuevo Código de Comercio, en adelante C.Co., destina quince artículos con el fin de codificar los alcances de la figura³.

A pesar de ser un contrato típico, tanto su regulación en la anterior Ley de Arrendamiento Mercantil, como la reciente reforma al C.Co., sugieren algunos temas legales que no han sido tratados por la doctrina o jurisprudencia nacional. Estos temas generan incertidumbre a la hora de estudiar la figura, considerando que la práctica difiere a lo estipulado en la norma.

Lo mencionado como consecuencia de que, a la hora de celebrar contratos de leasing en Ecuador, las partes suelen omitir uno o más de los derechos alternativos prescritos en el literal e) del artículo 427 del C.Co., sea por desconocimiento del efecto que genera o por ser el uso habitual que se le ha dado al contrato⁴.

En definitiva, alrededor del 60 a 65% de contratos de arrendamiento mercantil en Ecuador, suelen incluir como único derecho alternativo para el arrendatario, al finalizar el plazo forzoso, la opción de compra⁵, excluyendo los otros, que parecerían ser copulativos al primero.

El presente ensayo académico busca analizar el efecto jurídico de la falta de uno o más de los mencionados derechos alternativos, prescritos en el C.Co., a propósito del arrendamiento mercantil en Ecuador.

Puntualmente, se abordará la problemática partiendo de dos tesis generales; la primera, hará referencia a la posibilidad de que sí se considere arrendamiento mercantil, aunque falte uno o más de los 4 derechos alternativos no copulativos, entendidos como un elemento de la naturaleza del contrato; y, la segunda interpretación, hace referencia a que no se considere arrendamiento mercantil, por no incluir el contrato el requisito establecido en el literal e) del artículo 427 del C.Co., que reconoce 4 derechos alternativos al finalizar el plazo, entendidos como un elemento de la esencia del contrato.

³ Ver, Subgerencia de estudios especiales Banco Central, "Leasing: Nuevo Mecanismo Financiero", *Cuestiones Económicas* 10 (1984), 9-42.

⁴Entrevista Pablo Cevallos, entrevistado por Camila Burneo, 2 de octubre del 2020, <https://drive.google.com/file/d/1ZgwXS4YqhY8-r5XxsZ9v3y-b9ix46YGY/view?usp=sharing>

⁵ Entrevista a Rubén Aguirre (Registrador Mercantil Quito), entrevistado por Camila Burneo, 20 de octubre del 2020, https://drive.google.com/file/d/1C9MSGmLaiHEzUzBvy_5KILSO7o1sOruu/view?usp=sharing

Por su lado, la segunda tesis, al ser analizada en concordancia con el artículo 1460 del Código Civil, en adelante, C.C., abre dos posibilidades a ser desarrolladas; por un lado, la inexistencia del contrato; y, por otro, la degeneración de este en uno diferente.

Previo al análisis de fondo, se expondrá la legislación nacional pertinente, además de las teorías y la doctrina referente, y se identificará la naturaleza del arrendamiento mercantil en Ecuador, así como sus requisitos de existencia. Todo lo anterior, mediante el uso de la metodología cualitativa, a través del análisis de la norma y de doctrina relacionada con el tema.

Mediante la aplicación de la mencionada metodología, se busca responder a las siguientes preguntas: ¿se considera arrendamiento mercantil un contrato donde se omita uno o más derechos alternativos del arrendatario, estipulados en el Código de Comercio?; y, en su defecto, ¿la falta de derechos alternativos —elementos de la esencia del contrato de arrendamiento mercantil— genera inexistencia o conlleva a la degeneración del contrato mencionado en uno diferente?

El análisis de los temas generales, expuestos previamente, conducirá al resultado del análisis de fondo del presente trabajo, demostrando que la falta de uno o más derechos alternativos del arrendatario, conlleva a que no se pueda considerar como arrendamiento mercantil, por generarse la inexistencia de este.

2. MARCO TEÓRICO

2.1.MARCO NORMATIVO

2.1.1. LEGISLACIÓN NACIONAL

El primer cuerpo normativo que reguló el leasing en Ecuador fue la Ley de Arrendamiento Mercantil, promulgada el 5 de enero de 1979 en el Registro Oficial No. 754. Fue expedida mediante Decreto Supremo No. 3121, del 22 de diciembre de 1978.

Al ser la primera norma que acogió la figura, convirtió al leasing en un contrato típico en Ecuador. Posteriormente, fue derogada al entrar en vigencia el actual Código de Comercio, publicado en el Registro Oficial No. 497, el 29 de mayo del 2019.

El artículo 427 del actual C.Co. sustituyó al artículo 1 de la anterior Ley de Arrendamiento Mercantil. Esta modificación es de vital importancia para el análisis de fondo del presente trabajo, considerando que la Ley establecía 5 requisitos, cuyo cumplimiento determinaba el carácter mercantil del contrato. Sin embargo, con la entrada en vigencia del nuevo C.Co., los

5 requisitos se mantienen, pero su cumplimiento está ligado a la existencia del contrato, más no a su mercantilidad.

En definitiva, se reemplazó el enunciado del art. 1 de la Ley de Arrendamiento Mercantil que prescribía: “Art. 1- El arrendamiento de bienes muebles o inmuebles tendrá carácter mercantil cuando se sujete a estos requisitos”⁶, por el texto que prescribe: “Art. 427.- Se entenderá que existe arrendamiento mercantil de bienes muebles o inmuebles cuando se cumplan los siguientes requisitos: [...]”⁷, lo que demuestra un cambio de intención del Legislador, que será analizado más adelante.

2.2. TEORÍAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA JURÍDICO

Para proceder al análisis de fondo, es necesario hacer hincapié en las teorías que fundamentan el trabajo, sobre las cuales se menciona lo siguiente:

La teoría del acto jurídico inexistente propone que un contrato que no reúne los elementos de la esencia, que exige la ley, atendiendo a su naturaleza, conlleva a que, por lógica, sea imposible concebir su existencia. Fue desarrollada por Zachariae y perfeccionada por Planiol y Ripert, que consideran que, “un acto es inexistente cuando carece de un elemento esencial a su formación, y de tal naturaleza que el acto sea inconcebible sin él”⁸.

Una parte de la doctrina plantea que regular la figura de la inexistencia es inútil. Puig Brutau, considera que el derecho no plantea una contraposición entre el ser y el no ser, es decir entre la existencia o no, sino entre el valer y no valer, es decir entre la validez y la nulidad⁹.

Por otro lado, la teoría de Windscheid, sobre la conversión del contrato, supone que, si un negocio contradice una disposición a la hora de ser celebrado, pero satisface las exigencias de otra disposición que puede tener eficacia, se conserva el negocio, sobre la voluntad presunta de las partes¹⁰.

⁶ Artículo 1, Ley de Arrendamiento Mercantil, R. O. Suplemento 745 del 5 de enero de 1979.

⁷ Artículo 427, Código de Comercio, R. O. 497, de 29 de mayo de 2019.

⁸ Luis Sergio Parraguez Ruiz, *El negocio jurídico simulado* (Quito: Ediciones Iuris dictio, 2014), 325.

⁹ *Id.*, 323-324.

¹⁰ Ver, Carlos Manuel Díez Soto, “La conversión del contrato nulo: su configuración en el derecho comparado y su admisibilidad en el derecho español.”, <https://repositorio.upct.es/bitstream/handle/10317/796/isbn8476982372.pdf?sequence=7&isAllowed=y> (consultada el 2 de octubre del 2020)

2.3. ESTADO DEL ARTE

Asimismo, para poder aterrizar la cuestión de fondo, se plantean temas que sirven como base del análisis, sobre los cuales ha tenido lugar desarrollo doctrinario.

Sobre los elementos de la esencia del contrato, Abeliuk considera que este no puede surtir ningún efecto sin que incluya ciertos elementos que son considerados requisitos esenciales¹¹, tratándose de contratos típicos.

Sobre lo mismo, expone Alessandri, que estos elementos del contrato, no pueden ser omitidos, porque existen en él, y este es el resultado de estos, de manera que, si falta uno, no hay contrato¹². Por lo mismo, alega Parraguez, que la ausencia de estos elementos en un negocio jurídico, puede conducir a la “inexistencia del acto”¹³.

El segundo tema hace alusión a la interpretación de la norma, la cual, para Savigny, se desarrolla a partir de cuatro elementos distintos, entre ellos; la redacción gramatical; el elemento histórico de la norma; la lógica; y, el elemento sistemático, que incluye la conexión de la norma con el ordenamiento jurídico en general¹⁴.

Como último tema, se presenta la inexistencia del contrato, que ha sido motivo de una larga e interminable discusión doctrinaria. Aubry y Rau sostienen que la idea de la inexistencia no está contenida en un cuerpo normativo, ni es la ley su fuente, por el contrario, se presenta por la naturaleza de las cosas¹⁵. Parraguez menciona que, para poder analizar la eficacia de un negocio jurídico, se requiere primero hacer una “verificación de tipo fenomenológico”¹⁶, sobre la existencia del negocio.

3. NATURALEZA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO MERCANTIL

3.1. CONCEPTO

Como concepto general, el leasing se entiende como un contrato en virtud del cual una parte —arrendadora— entrega a otra —arrendataria—, un activo productivo —bien—, según las

¹¹ Ver, René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones Tomo I y II* (Chile: Dislexia Virtual, 2009), 34-35.

¹² Arturo Alessandri Rodríguez, *De Los Contratos* (Chile: Ediar - ConoSur Ltda., 1988), 14-16.

¹³ Luis Sergio Parraguez Ruiz, *El negocio jurídico simulado*, 155.

¹⁴ Ver, Josep Joan Moreso i Mateos, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho* 1ra ed. (Barcelona: Editorial UOC, 2006), 134-135.

¹⁵ Ver, María Emilia Lloveras de Resk, *Tratado teórico-práctico de las nulidades* (Texas: Depalma, 1985), 119-121.

¹⁶ Luis Sergio Parraguez Ruiz, *El negocio jurídico simulado*, 161.

especificaciones de esta última, para su uso, a cambio del pago periódico de un canon, durante un plazo preestablecido por ambas partes, cuyo fin otorga derechos alternativos al arrendatario¹⁷.

Asimismo, la jurisprudencia nacional, en un fallo menciona que el leasing opera cuando una entidad financiera compra un bien, bajo instrucciones del cliente, y le otorga a este último el uso del bien durante un plazo determinado por ambas partes, a cambio de un monto periódico establecido en concepto de pago por la financiación del bien. Al finalizar el plazo, la entidad le reconoce al cliente la opción de comprar el bien mediante el pago de un valor residual; o, la restitución de este¹⁸.

La legislación ecuatoriana, prescribe que el arrendador debe ser una institución del sistema financiero, que cuente con el certificado expedido por la Superintendencia de Bancos¹⁹, cuando se trate de una habitualidad. Pero, ocasionalmente, el arrendador puede ser una persona natural o jurídica, que celebre un contrato de leasing para satisfacer sus intereses.

Como antecedente, la práctica del leasing en Ecuador inició con una figura que se asimila más al leasing operativo. Según Antonio Ortúzar, este es un contrato en virtud del cual, el arrendador —que generalmente es el fabricante del bien—, cede al arrendatario su uso, por un período usualmente corto, a cambio del pago de un canon²⁰.

Se diferencia del leasing financiero, principalmente, porque este último, es una figura de financiamiento para el arrendatario, que se refleja en la cuantificación de la renta a pagarse por parte del arrendatario, la cual opera como una suerte de pago diferido del precio del bien, además de los derechos alternativos que posee el arrendatario.

Mientras que, el leasing operativo no faculta al arrendatario a optar por una alternativa distinta a la terminación del contrato, al finalizar el plazo. A pesar de esto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes podría pactar la opción de compra, al finalizar el plazo del contrato. Sin embargo, el precio que debe pagar el arrendatario no es un valor residual que se calcula según los cánones ya cancelados, sino el precio completo del bien.

A partir de la regulación del leasing en la Ley de Arrendamiento Mercantil, se celebra como un contrato financiero y se puede identificar claramente su diferencia con el leasing operativo.

Actualmente, existen menos compañías de arrendamiento mercantil establecidas en el país, comparado con la época de auge del contrato a finales de los 80; entre ellas: Retroner S.A.,

¹⁷ Ver, Lisandro Peña Nossa, "Capítulo IV", en *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*, 5ta ed. (Bogotá: Ecoe ediciones, 2014), 3.

¹⁸ Ver, Héctor Acuario c. Banco del Pacífico, Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 8 de noviembre del 2001, párr. 2

¹⁹ Ver, Superintendencia de Bancos, "Glosario de Términos", <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/glosario-de-terminos/> (Consultada el 23 de octubre de 2020).

²⁰ Ver, Antonio Ortúzar Solar, *El contrato de leasing* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990), 21-22.

Zoenova S.A. y Uninova S.A. Esto se debe a que su uso ha disminuido, indudablemente por las facilidades de crédito que existen hoy en día, incluyendo la posibilidad de diferir el pago del precio, en la compraventa de un bien, con una tarjeta de crédito. Asimismo, los usuarios del sistema financiero desconocen la utilidad y practicidad que representa la figura, optando por medios alternativos, como los créditos bancarios o incluso la compraventa de bienes.

3.2. CARACTERÍSTICAS

El leasing tiene carácter mercantil por encontrarse regulado en un cuerpo normativo de esta naturaleza, como el C.Co. Su mercantilidad se obtiene objetivamente, por la voluntad del legislador, quien, a través de la ley, especifica la naturaleza del acto, determinando su carácter en el artículo 8 del C.Co., literal b)²¹. Es decir, la mercantilidad no está dada por que las partes sean comerciantes o por el ánimo de revender la cosa comprada, sino porque lo establece el Código²², por esta razón, ocasionalmente personas naturales o jurídicas pueden celebrar leasing en calidad de arrendador.

El efecto jurídico de la mercantilidad es el sometimiento del contrato a la norma mercantil. Es decir, se rige bajo una norma sustantiva distinta al arrendamiento civil, que es el C.Co. Asimismo, el régimen mercantil comprende la costumbre como una fuente formal, distinción importante con los contratos civiles.

Otra característica es su bilateralidad, debido a que ambas partes —arrendador y arrendatario—, quienes son acreedor y deudor de manera recíproca, poseen obligaciones mutuas que tienen como fuente el contrato²³.

Como resultado, esta clasificación es sumamente relevante, porque en estos contratos va envuelta la condición resolutoria tácita, que opera en caso de mora en el cumplimiento de una de las partes, como prescribe el artículo 1505 del C.C.²⁴. Sin embargo, la naturaleza del leasing no permite que se pueda resolver, pues el efecto que genera su incumplimiento es *ex nunc* y las obligaciones cumplidas no se pueden retrotraer. No obstante, la parte afectada puede solicitar judicialmente el cumplimiento forzoso del contrato, con indemnización de perjuicios, posibilidad que también contempla el C.C., o, en su defecto, la terminación del contrato.

²¹ Artículo 8. C.Co.

²² Ver, Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho Comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Bogotá: Ediciones Uniandes: Temis, 2016), 9.

²³ Ver, René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones Tomo I y II*, 40.

²⁴ Artículo 1505, Código Civil, R. O. Suplemento 46, 24 de junio del 2005, última reforma 12 de abril 2017.

Lo expresado anteriormente es producto de que el arrendamiento mercantil es un contrato de tracto sucesivo, característica que conlleva a que las obligaciones originadas de este nazcan y se extingan de forma periódica. Es decir, cada mes, con el pago del canon correspondiente, se extingue una obligación y nace otra de la misma naturaleza, y así sucesivamente, hasta que se termine el plazo del contrato. Lo mismo ocurre con la obligación del arrendador de proporcionar el uso y goce personal de la cosa al arrendatario, porque su cumplimiento es continuo por la naturaleza propia del contrato.

Por lo tanto, como se mencionó, en caso de mora en el cumplimiento, opera la terminación del contrato, mas no la resolución, porque el efecto normal de la resolución supondría que, en el mencionado supuesto, se de paso al régimen de prestaciones mutuas; empero, si el cumplimiento de las obligaciones es intermitente, es imposible que se genere un efecto retroactivo.

Por otro lado, el contrato de arrendamiento mercantil es típico, característica propia de un contrato tipificado, no solo su nombre, sino sus elementos, como el caso del arrendamiento mercantil en el artículo 427 del C.Co. Esta característica es relevante, porque quiere decir que su regulación principal es la propia ley, por lo que las controversias que se susciten se resuelven en base a ésta.

En ciertos casos se trata de un contrato de adhesión al ser redactado por el arrendador —usualmente entidad financiera—, por lo que los parámetros y condiciones son establecidos por ésta y la autonomía de la voluntad del arrendatario se reduce a aceptar o denegar la oferta. En estos contratos, existe una protección especial para la parte débil —arrendatario—. Existen otras características del arrendamiento mercantil, que no tienen la relevancia necesaria para el análisis de fondo.

3.3. FINALIDAD

El leasing es una “fórmula de financiación complementaria respecto de los sistemas clásicos de financiación”²⁵. De esta forma, permite satisfacer las necesidades de la industria, facilitando el acceso de bienes muebles o inmuebles a las pymes.

Lo dicho debido a que, el proceso productivo demanda la necesidad de maquinaria, equipos, vehículos, etc. Muchas compañías no tienen la posibilidad de adquirir bienes de

²⁵ Alfredo Soria Aguilar, "El Contrato de Leasing: Algunos Apuntes Acerca de su Actual Regulación en el Perú.", *Derecho & Sociedad* n. 30 (2008), 383.

capital de forma inmediata, considerando que la compraventa no es un medio adecuado para obtener recursos tecnológicos; ya sea por su pronto proceso de caducidad, o porque su necesidad en la industria es temporal²⁶.

En consecuencia, comprar un bien significa asumir los costos de transacción y tributarios que genera la transferencia de dominio. A las compañías no les conviene asumir una inversión inicial tan elevada, sobre un bien que no será utilizado por un período prolongado, o que tendrá que ser reemplazado en un futuro cercano.

Resulta evidente que tampoco tiene sentido para las compañías arrendar un bien, mediante un contrato de arrendamiento civil, si su intención es adquirir dicho bien en un futuro cercano. Por eso, expresa Arce Gargollo que uno de los objetivos específicos de este contrato es conceder un crédito a la arrendataria, de donde surge su calificación de financiero²⁷.

4. SOBRE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL

La eficacia del negocio jurídico busca que este produzca todos los efectos jurídicos determinados por su calificación como tal, respecto de todas las personas a las que afecta.

Hay requisitos de existencia comunes a todos los contratos: (i) voluntad o consentimiento; (ii) objeto; (iii) causa; y, (iv) de ser necesario, el cumplimiento de solemnidades. Alessandri Besa, considera que, “si falta cualesquiera de estos elementos, el acto no nace a la vida jurídica, no existe, y por lo tanto no puede producir efectos jurídicos”²⁸.

Además de los requisitos generales, existen ciertos elementos propios de cada contrato específico, a saber: (i) de la esencia; (ii) de la naturaleza; y, (iii) accidentales. Sin los primeros, “el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente”²⁹, según considera Abeliuk, opinión que se encuentra plasmada en el artículo 1460 del C.C.

4.1. CONSENTIMIENTO

La voluntad es la facultad de autodeterminación de un individuo sobre la celebración de un acto jurídico. Cuando es unilateral, se conoce como voluntad, mientras que el consentimiento, es el acuerdo de dos o más voluntades.

²⁶ Ver, Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, 500.

²⁷ Ver, Javier Arce Gargollo, *Contratos Mercantiles Atípicos.*, 14ta ed. (México: Porrúa, 2010), 206.

²⁸ Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I y II* (Ediar editores LTDA., s. f.), 7.

²⁹ René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones Tomo I y II*, 34.

Para Sánchez Medal, el consentimiento no existe cuando no se genera una coincidencia entre las dos voluntades³⁰. Pothier, sobre esto manifiesta que el consentimiento se da con la promesa, por parte de una persona a otra y la aceptación de ésta última³¹.

La formación del consentimiento inicia entonces, con el régimen de oferta-aceptación. En un primer episodio, se presenta la oferta que, para Oviedo Albán, es “el proyecto de contrato que una persona formula a otra, o más precisamente, la invitación a celebrar un contrato”³².

El C.Co., que se adapta al concepto mencionado, regula la oferta en su artículo 225, estableciendo como requisito para su formulación: (i) que sea completa, es decir, que contenga los elementos esenciales del negocio, con el fin de que solo baste la aceptación, para que se perfeccione; (ii) que sea comunicada al destinatario; y, (iii) que sea seria³³.

Mientras que, en palabras de Ospina y Ospina, la aceptación “es el acto de adhesión a la propuesta por la persona o personas a quienes está dirigida”³⁴. Cuando se produce de forma pura y simple, es decir, sin modificaciones a la oferta, genera como efecto el perfeccionamiento del contrato.

El C.Co., en su artículo 228, que también se adecúa a la noción mencionada, le concede a la aceptación la potestad de perfeccionar el contrato. En los artículos consecutivos, el Código prescribe que ésta debe: (i) ser voluntaria; (ii) tener concordancia con la oferta, sobre todas las condiciones establecidas en la misma; (iii) ser dirigida al oferente; y, (iv) ser oportuna³⁵.

Como resultado de ambas, se configura el consentimiento, elemento básico de la existencia de un negocio jurídico, debido a que reproduce la conciencia de las partes de lo que se trata el negocio y plasma la representación mental que se han hecho sobre sus efectos.

Por lo dicho, se entiende que la voluntad de las partes —en el leasing— se traduce en la intención, que recae sobre el bien propiedad el arrendador, el canon estipulado, el plazo inicial forzoso y los derechos alternativos del arrendatario, al finalizar dicho plazo, entendidos como elementos esenciales, que particularizan al arrendamiento mercantil, prescritos en el C.Co.

³⁰ Ver, Ramón Sánchez Medal, *De los Contratos Civiles*, 24ta ed. (México: Editorial Porrúa, 2011), 28.

³¹ Ver, Boffi Boggero Luis María, *Tratado de las Obligaciones Tomo I*, (Buenos Aires: Edición Astrea, 1979).

³² Ver, Jorge Oviedo Albán, *La formación del contrato*, (Bogotá: Editorial Temis, 2008), 35.

³³ Ver, Luis Sergio Parraguez Ruiz, *El negocio jurídico simulado*, 227-239.

³⁴ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, (Bogotá: Editorial Temis, 2000), 161.

³⁵ Artículo 228, C.Co.

4.2. OBJETO Y CAUSA

Lo que el C.C. entiende por objeto no es uniforme, considerando que, el artículo 1476, prescribe que el objeto que debe necesariamente tener toda declaración de voluntad puede ser una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer³⁶, aludiendo al objeto como prestación. Mientras que, el artículo 1477, hace alusión al objeto como una cosa material, cuando la doctrina es bastante uniforme en considerar que el objeto de un contrato no es una cosa material, sino las consecuencias jurídicas que se generan de este.

En definitiva, el objeto de un contrato alude a sus consecuencias jurídicas, es decir, es el contenido específico del negocio que está comprendido por sus efectos. Por esta razón, Alessandri considera que “en un contrato habrá tantos objetos cuantas sean las obligaciones que nacen”³⁷.

Esto resulta lógico, teniendo en cuenta que la cosa —bien— usualmente es considerada un elemento de la esencia del contrato, es decir, un elemento que caracteriza y distingue a un determinado contrato; mientras que, el objeto —derechos y obligaciones—, es un requisito común de todos los contratos, porque, al ser una convención que crea derechos y obligaciones, estas se traducen en los efectos del contrato que representan su objeto.

En consecuencia, si la cosa es un elemento de la esencia específico del contrato de arrendamiento mercantil, el objeto no podría ser el bien, pues su carácter de elemento constitutivo estaría englobado en dos diferentes requisitos, mientras que los efectos carecerían de importancia, para la eficacia del contrato.

Esta precisión es importante en el sentido de que, al ser el objeto las obligaciones del contrato, las cuales generan consecuencias jurídicas, de no existir objeto, no existe tampoco el contrato, pues, no se producirían sus efectos; y, como consecuencia, sin efectos, la voluntad de las partes está vacía de contenidos que se traducen en sus derechos y obligaciones.

En este sentido, aplicando el concepto sobre el arrendamiento mercantil, el objeto del contrato recae sobre el efecto que genera la celebración del contrato, traducido en la obligación de transferencia del uso y goce personal del bien, por parte del arrendador, y sobre la obligación de permitir al arrendatario la elección de los derechos alternativos al finalizar el contrato. Mientras que, las obligaciones del arrendatario se traducen en el pago periódico del canon, además del derecho a escoger una de las 4 alternativas al finalizar el contrato. Esto, sin dejar

³⁶ Artículo 1476, C.C.

³⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, *De Los Contratos*, 54.

de lado otros derechos y obligaciones que adquieren las partes, en virtud de la celebración del arrendamiento mercantil.

Por otro lado, la causa también es un requisito de existencia del contrato, que ha sido motivo de una larga discusión doctrina, volviéndose uno de los temas más complejos de la teoría del negocio jurídico. Una parte de la doctrina considera que es una figura innecesaria, porque su practicidad no es clara y puede confundirse con el objeto, mientras otra la considera un requisito de existencia.

El C.C., en su artículo 1461, prescribe que para que una persona se obligue a otra, es necesario que tenga una causa lícita. Este artículo confunde la causa como requisito de validez de los contratos. Mientras que, en el artículo 1483, prescribe el C.C., que no puede haber obligación sin una causa real, que es “el motivo que induce al acto o contrato”³⁸, demostrando así, que el Código se apega al segmento de la doctrina que considera necesaria la causa, como requisito de existencia del contrato, pues más adelante prescribe que el requisito de validez es la licitud de la causa, más no que sea real, distinguiendo así la causa real como requisito de existencia y la causa lícita como requisito de validez.

En definitiva, el C.C. establece la necesidad de que la causa sea real, lo que quiere decir, que el acto jurídico debe tener un motivo aparente que justifique su existencia³⁹. Por lo mismo, en Ecuador, se recoge la teoría de la causa impulsiva, que está comprendida por los móviles que impulsan a las partes a celebrar un negocio jurídico.

De acuerdo con esto, en el contrato de leasing, la causa es la creación de obligaciones que busca satisfacer las necesidades de ambas partes recíprocamente. Específicamente, la parte arrendadora busca satisfacer sus necesidades económicas, mediante la financiación de un bien, a cambio de recuperar el valor invertido en dicho bien, además de recibir intereses y una comisión. Es decir, busca incrementar su patrimonio.

Así mismo, el móvil que induce al arrendatario a contratar es la obtención del derecho de uso y goce personal del bien por el plazo estipulado en el contrato, además del abanico de opciones que se presentan a la finalización de dicho plazo.

³⁸ Artículo 1476, C.C.

³⁹ Ver, Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I y II.* 207-208.

4.3. OBSERVANCIA DE SOLEMNIDADES

El contrato de arrendamiento mercantil en Ecuador es solemne, porque el Código de Comercio, en su artículo 427, letra a), prescribe que el contrato debe reducirse a escrito, además de inscribirse en el Libro de Arrendamientos Mercantiles, como una medida de oponibilidad⁴⁰.

La solemnidad es la manifestación de voluntad, por escrito generalmente. En los contratos considerados solemnes, la ley exige que el consentimiento se exprese mediante instrumento público o privado, con el fin de que quede constancia de cuál fue la voluntad de las partes⁴¹.

Por este motivo, mientras el consentimiento no esté manifestado mediante el mencionado instrumento, el contrato no puede producir los efectos que le son inherentes, porque la ley entiende que no se ha producido dicho consentimiento⁴². En otras palabras, si no se manifiesta el consentimiento de esta forma, no se entiende existir concierto de voluntades, y por lo mismo, tampoco contrato.

Barbero menciona que las solemnidades se configuran para la existencia jurídicamente relevante de la declaración de voluntad y su falta no puede ser suplida por otro medio⁴³.

Este tema también ha sido motivo de larga discusión doctrinal. Un segmento mayoritario de la doctrina considera que la observancia de solemnidades cumple con un requisito de existencia del contrato, mientras que, otra parte considera que es un requisito de validez, pues se considera que su omisión está sancionada con la nulidad absoluta. El problema se da en que las disposiciones legales no son claras y muchas veces se contradicen.

Para ilustrar esto, el C.Co. en su artículo 269, prescribe que, si las leyes de comercio han exigido que el contrato se reduzca a escrito y falta la mencionada solemnidad, se entiende como no celebrado⁴⁴. Pues, la ley obliga que se cumpla esta forma como una solemnidad legal. Pero también menciona el mismo artículo, que la solemnidad tiene un fin probatorio. Sin embargo, al darle el efecto de que se entienda como no celebrado, se inclina más hacia una solemnidad *ad solemnitatem*, que hacia una *ad probationem*.

Sobre el tema, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado de manera excepcional, a favor de la teoría de la inexistencia por falta de solemnidades esenciales. Alega la ex Corte Suprema

⁴⁰ Artículo 427, C.Co.

⁴¹ Ver, Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I y II*. 383.

⁴² Ver, Hernán Troncoso Larronde, Carlos Álvarez Cid, *Contratos*, 6ta ed. (Chile: Legal Publishing Chile, 2014), 18.

⁴³ Ver, Luis Sergio Parraguez Ruiz, *El negocio jurídico simulado*, 289.

⁴⁴ Artículo 269, C.Co.

que el C.C. exige que ciertos actos estén revestidos de solemnidades esenciales que, de no cumplirse, no se generan efectos jurídicos, pues estos se reputan inexistentes⁴⁵.

4.4. ELEMENTOS DE LA ESENCIA

Como se ha venido mencionado, el C.C., en su artículo 1460 prescribe que los contratos contienen elementos considerados de la esencia, naturaleza y accidentales; estos elementos difieren dependiendo la calificación legal de cada contrato típico.

Prescribe el Código que, los elementos de la esencia son aquellos sin los cuales, el contrato no surte efecto alguno, o degenera en otro diferente⁴⁶. Estos elementos particularizan y diferencian un tipo de contrato de otro, por lo que, necesariamente deben expresarse, considerando que las partes no pueden omitirlos o modificarlos, porque el negocio no nace a la vida jurídica sin su presencia. Según Parraguez, “la concurrencia de los elementos esenciales proporciona vitalidad e identidad al negocio. Su ausencia acarrea en algunos casos la inexistencia del acto”⁴⁷.

Para Rodríguez Salazar, los contratos surten los efectos que la ley señala, únicamente cuando se cumple la condición de que se haya perfeccionado el consentimiento sobre absolutamente todos sus elementos esenciales. Estos elementos, menciona el autor, son aquellos que “constituyen verdaderas condiciones especiales de existencia de los actos o contratos”⁴⁸.

Tomando en cuenta que los elementos de la esencia son aquellos sin los cuales el contrato no surte efecto alguno, o degenera en uno diferente, se entiende que los requisitos expresados en el artículo 427 del C.Co., son elementos de la esencia del contrato de arrendamiento mercantil. Esto, debido a que, menciona el artículo que, “se entiende que existe arrendamiento mercantil de bienes muebles o inmuebles cuando se cumplan los siguientes requisitos: [...]”⁴⁹, por lo mismo, si el efecto según el artículo es la existencia del contrato por el cumplimiento de los requisitos, en sentido contrario, si no se cumplen, no se producen efectos jurídicos; o, lo que es lo mismo, no nace o no existe el contrato de arrendamiento mercantil.

⁴⁵ Ver, Efraín Chiriboga c. Freddy Gonzáles, Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 20 de septiembre de 2004, párr. 3.

⁴⁶ Artículo 1460, C.C.

⁴⁷ Luis Sergio Parraguez Ruiz, *El negocio jurídico simulado*, 155.

⁴⁸ Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I y II*. 410.

⁴⁹ Artículo 427. C.Co.

Como último elemento de la esencia, el artículo 427 señala que, al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los siguientes derechos alternativos; (i) comprar el bien, por un valor residual pactado en el contrato; (ii) prorrogar el plazo del contrato, con una renta menor a la del contrato inicial; (iii) participar en la venta del bien a un tercero, recibiendo un valor inferior al residual; o, (iv) recibir un bien sustituto en arrendamiento mercantil. Se plantea entonces el siguiente problema; si al finalizar el plazo del contrato, el arrendador no permite al arrendatario escoger entre los 4 derechos alternativos, la opción que más beneficio le otorgue, ¿qué efecto jurídico se genera?

5. EFECTO JURÍDICO DE LA FALTA DE DERECHOS ALTERNATIVOS EN EL ARRENDAMIENTO MERCANTIL

5.1. TESIS AFIRMATIVA DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL

Como se precisó anteriormente, desde que se reguló el contrato de arrendamiento mercantil en Ecuador, las partes que lo celebran, comúnmente han concedido al arrendatario exclusivamente la opción de compra, al finalizar el plazo forzoso⁵⁰. El uso que se le ha dado al leasing en la actualidad no es una excepción, pues en realidad, es la opción que caracteriza más al arrendamiento mercantil.

En este sentido, el hecho de que el arrendatario, al finalizar el plazo, posea la opción de comprar el bien, distingue al leasing del arrendamiento puro y simple. Así mismo, la figura del financiamiento, que permite al arrendatario costear el bien paulatinamente, constituye la principal diferencia entre el leasing y el contrato de arrendamiento civil con opción de compra, como se mencionó anteriormente.

Retomando la idea del uso del leasing en la actualidad, surge la duda de que la intención del Legislador ecuatoriano podría estar dirigida a que el arrendatario posea 4 posibilidades al finalizar el plazo del contrato de arrendamiento mercantil, pero que bastaría con que se pacte al menos una, para que se considere como tal, entendiéndose los derechos alternativos no copulativos como un elemento de la naturaleza del arrendamiento mercantil. En tal caso, podría el último requisito del artículo 427, cumplirse cuando se pacte al menos un derecho y así ser eficaz el contrato.

⁵⁰ Entrevista a Rubén Aguirre.

5.1.1. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 427 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El proceso interpretativo de la ley busca darle sentido al texto, más allá de los límites gramaticales. El intérprete indaga el sentido lógico gramatical combinado con la lógica jurídica que abarca el pensamiento detrás de las palabras⁵¹.

Existen varios métodos doctrinarios de interpretación de la norma. Por un lado, la teoría egológica se basa en la conducta de la sociedad, por lo que, para aplicar la ley, primero se debería identificar dicha conducta para encontrarle sentido a la norma⁵². Por lo tanto, se interpreta el comportamiento social a través de la ley.

Visto de esta forma, si se interpreta en este sentido el artículo 427 del C.Co., el efecto que se busca es que se conserve su espíritu, por lo que, pueden existir factores sociales que no se ajusten a la interpretación literal del artículo. En otras palabras, el tenor literal podría ser desplazado por la interpretación de su espíritu y la realidad social en la que se desarrolla⁵³, según esta teoría.

En concordancia, el segundo párrafo del literal 1 del artículo 18 del C.C., plantea que, ante la oscuridad de la ley, se puede recurrir a la intención y el espíritu de la norma, claramente manifestado por la misma; o, a la historia fidedigna de su establecimiento⁵⁴.

Por esto y teniendo como antecedente que, a lo largo de la historia del arrendamiento mercantil en Ecuador, se ha limitado al arrendatario al uso casi exclusivo de la opción de compra, se podría interpretar el artículo de distinta forma a lo literal de las palabras.

Se observa que, el artículo 427, letra e) del C.Co., prescribe que, “al finalizar el plazo inicial forzoso, el arrendatario tenga los siguientes derechos alternativos: [...]”⁵⁵. De esta manera, al interpretar el artículo en armonía con la práctica usual del leasing en Ecuador, entendida como la realidad social en la que se desarrolla, se podría llegar a la conclusión de que el espíritu o la intención de esta, plantea que los 4 derechos no sean copulativos, por lo que, bastaría con que se pacte al menos uno en el contrato para que se entienda arrendamiento mercantil, por considerarse los derechos alternativos un elemento de la naturaleza del contrato.

⁵¹ Ver, Ignacio Galindo Garfias, *Interpretación e integración de la ley*, 1ra ed. No. 38, (México: UNAM, 2006), 1013-1014.

⁵² *Id.*, 4-5.

⁵³ Ver, Carlos Onecha Santamaría, “Interpretación Sociológica de las Leyes”, *Boletín del Ministerio de Justicia Español* No. 1420 (1986), 899-907.

⁵⁴ Artículo 18, C.C.

⁵⁵ Artículo 427. C.Co.

De la lectura del artículo 1460 del C.C., se desprende que los elementos de la naturaleza del contrato son aquellos que, “no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”⁵⁶. En este sentido, si fuera considerado un elemento de la naturaleza, se generaría como efecto la posibilidad de renuncia o modificación de las partes a la cláusula que incluye los derechos alternativos del arrendatario, además de la opción de que, si las partes no pactan los 4 derechos en el contrato, estos se entiendan pertenecerle, otorgándole eficacia.

Por otro lado, el método de la escuela de la exégesis busca identificar la intención del Legislador, para entender el sentido que tiene la norma, a través de la investigación de su origen. Si el sentido de la ley no es claro, se debe acudir a los trabajos preparatorios, previos a su promulgación⁵⁷.

En el proyecto de ley del actual C.Co., el veto parcial del ejecutivo establece que “el arrendamiento mercantil es una figura donde se va a ejercitar la opción de compra por el valor residual, al cumplimiento forzoso del contrato”⁵⁸. De este modo, se podría entender que el Legislador no buscaba otorgarle al arrendatario la totalidad de los derechos alternativos, en todas las ocasiones. Por lo mismo, el Legislador hace énfasis en la opción más común, pero no deja de lado que el arrendatario pueda elegir cualquier otra opción al finalizar el plazo del contrato, insinuando una vez más que los derechos alternativos podrían ser un elemento de la naturaleza del contrato.

No obstante, también se puede interpretar este comentario entendiendo que el ejecutivo da por hecho que las partes han de optar únicamente la opción de compra. Por lo mismo, cuál sería el sentido de que el artículo contenga el resto de los derechos alternativos; y, sobre todo, cuál sería el objetivo de que, además de incluir los 4 derechos alternativos en el C.Co., se los vincule con la palabra “exista”, la cual a ojos de cualquier intérprete de la ley va a tener el mismo significado, que es nacer a la vida.

En consecuencia; si bien es cierto que el sentido del artículo, si se lo interpreta en armonía con la conducta de quienes lo aplican, podría entenderse que busca que los 4 derechos no sean copulativos por ser elementos de la naturaleza; en Ecuador las reglas de interpretación de la norma están reguladas expresamente y el intérprete debe regirse a ellas antes que a la doctrina. Añadiendo, además, que ambas teorías han sido altamente criticadas por la doctrina moderna.

El artículo 18 del C.C. regula la interpretación judicial de la ley y prescribe que los jueces no pueden dejar de aplicarla por falta u oscuridad de ésta. El literal 1 del artículo, en su primer

⁵⁶ Artículo 1460, C.C.

⁵⁷ Ver, Ignacio Galindo Garfias, *Interpretación e integración de la ley*, 6-8.

⁵⁸ Proyecto de ley Código de Comercio, Aprobado, Objeción parcial del Ejecutivo, pp. 27-28.

párrafo prescribe que, “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”⁵⁹. Es decir, el Legislador propone dos posibilidades; que la ley puede ser clara o no.

Como resultado, si la norma es clara, no se requiere más interpretación que lo expresado literalmente por ésta. Asimismo, el literal 2 del mencionado artículo, prescribe que las palabras expresadas en la ley se entienden bajo su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.

Por lo mismo, no tendría por qué interpretarse al artículo 427, de una forma distinta a lo mencionado expresamente en el C.Co., pues, el trabajo de interpretación que tendría que realizarse en este artículo, sería incensario, teniendo en cuenta que; no existe laguna jurídica, ni oscuridad en la ley, ni una palabra que no pueda entenderse bajo su sentido natural y obvio, para considerar que el artículo no sea claro.

Surge entonces la duda ¿a qué se refiere el Legislador, en el artículo 427 del C.Co., con que el arrendatario “tenga los siguientes derechos alternativos”? y ¿qué significa que el contrato “exista” con el cumplimiento de los 5 requisitos prescritos en el artículo?

El ejecutivo, en el veto parcial del proyecto, sugiere el nuevo texto del art. 427 —actual artículo del C.Co. — en el cual reemplaza la antigua disposición de la Ley de Arrendamiento Mercantil, que condicionaba el cumplimiento de los requisitos a la mercantilidad del contrato, por la sujeción del cumplimiento de estos a la existencia del leasing.

Resulta claro, que no cabe atender ni a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, ni a su espíritu. Primero; como ya se mencionó, porque la norma es clara y no requiere más interpretación que la lógica gramatical. Segundo; porque tendría sentido interpretar históricamente una ley publicada hace muchos años, donde la práctica se daba de manera distinta a la actual, empero, si se trata de una ley reciente como el C.Co., no existe historia detrás de su interpretación y la práctica actual del contrato debe adaptarse a la nueva norma.

En conclusión, al incluir el Legislador nuevamente los 4 derechos alternativos en el artículo del C.Co., y al reemplazar su cumplimiento a la sujeción de la mercantilidad del contrato, por la existencia de este, reitera su intención de que estos formen parte del contrato de forma copulativa; pues de no haberlo querido así, lo hubiese expresado claramente, y el texto exige que el arrendatario tenga los 4 derechos al finalizar el plazo del contrato.

En igual forma, elimina toda posibilidad de que los derechos alternativos puedan considerarse elementos de la naturaleza del leasing, pues es muy claro al determinar que la

⁵⁹ Artículo 18. C.C.

ausencia de estos genera su inexistencia. Por lo mismo, se entiende que son elementos de la esencia del contrato, que deben incluirse expresamente en este y no se entienden incorporados, ni pueden las partes renunciar a ellos.

De este modo, no queda duda de que el Legislador, no solo ha querido que el arrendamiento mercantil se regule en el C.Co., sino que busca asegurar el cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos tal y como la norma prescribe, convirtiéndolos en elementos esenciales, sin los cuales el efecto es la inexistencia del contrato.

5.1.2. MICRO COMPARACIÓN DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL EN LATINOAMÉRICA

Entre los países latinoamericanos que regulan el leasing; México, El Salvador y sobre todo Panamá, son ejemplos que pueden permitir identificar el sentido del artículo 427 del C.Co.

Panamá posee la Ley No. 7, especializada sobre leasing. En su artículo 3, prescribe que “son elementos y requisitos esenciales del contrato de arrendamiento financiero”, letra f), que al finalizar el plazo del contrato, el arrendatario disponga por lo menos de una de las siguientes opciones; i) devolver el bien al arrendador, ii) convenir un nuevo contrato de arrendamiento, iii) comprar el bien a un valor residual o por el precio pactado en el contrato, iv) ejercer cualquier otro derecho compatible con los usos y prácticas corrientes de arrendamiento financiero en el mercado local o internacional.

Este artículo podría ayudar a identificar el sentido del Legislador ecuatoriano; en primer lugar, porque demuestra, al igual que el Legislador ecuatoriano, que los derechos alternativos del arrendatario son elementos de la esencia del contrato. Además, el Legislador panameño ha establecido expresamente su intención de que el arrendatario posea al menos una de las opciones estipuladas en el artículo, demostrando que los derechos alternativos no son copulativos.

Esto significa, como ya se mencionó, que si el Legislador ecuatoriano hubiese querido que el arrendatario posea al menos uno de los 4 derechos alternativos que propone el artículo, y no todos juntos, la disposición de éste debería expresarse en ese sentido. Sin embargo, el artículo 427 del C.Co. claramente menciona que el arrendatario debe tener todos los derechos alternativos, no al menos uno de ellos.

Por otro lado, México incorporó el concepto de arrendamiento financiero en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Federal. En su artículo 410, le otorga al arrendatario, al concluir el plazo del contrato, tres derechos alternativos; i) compra del bien a un precio inferior

al de adquisición, ii) prórroga del plazo de contrato con una renta inferior, iii) opción de participar con el arrendador en la venta del bien a un tercero⁶⁰.

Así mismo, El Salvador promulgó una ley especial para regular el contrato de leasing, denominada Ley de Arrendamiento Financiero No. 884. En su segundo artículo, define el contrato y le otorga al arrendatario, al finalizar el plazo estipulado; i) la opción de comprar el bien, ii) devolver el bien al arrendador, o iii) prorrogar el plazo del contrato⁶¹.

Estos artículos se asemejan al mencionado 427 del C.Co., en el sentido de que el Legislador pretende que los derechos alternativos del arrendatario se hagan efectivos una vez terminado el plazo del contrato. Además, la Ley Mexicana estipula que es una obligación del arrendatario la adopción de una de las posibilidades, y expresa claramente, que se puede convenir en el contrato la adopción anticipada de una de las opciones.

En el C.Co., el Legislador ecuatoriano no expresa la posibilidad de que el arrendatario escoja anticipadamente una de las opciones. Pero, por tratarse de derecho privado, por autonomía de la voluntad, las partes podrían pactar la opción escogida por el arrendatario al inicio del contrato. Por lo mismo, se podría entender que, si el arrendatario conviene en celebrar un contrato de leasing, en el cual se incluya únicamente la opción de compra, tácitamente estaría aceptando anticipadamente dicha opción.

Sin embargo, la disposición del literal e) del artículo 427 del C.Co. es clara, al establecer que los derechos alternativos del arrendatario surgen una vez terminado el plazo inicial forzoso del contrato. Por lo que, atendiendo a la lógica del artículo, las partes no podrían convenir en una opción anticipada a la finalización de dicho plazo, por tratarse de una norma imperativa.

El artículo 427 del C.Co., es una norma imperativa, considerando que limita la autonomía de la voluntad de los contratantes, al exigir el cumplimiento de ciertos requisitos que tienen como efecto la inexistencia del contrato.

En la cúspide de las fuentes jurídicas de orden legal se encuentran las leyes imperativas. Esta categoría comprende disposiciones que regulan la materia mercantil [...] y señalan pautas de obligatorio cumplimiento que limitan la voluntad de las partes. Son las normas que imponen requisitos para celebrar actos jurídicos⁶².

⁶⁰ Artículo 410, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Federal de México, D.O. de la Federación, 27 de agosto de 1932, última reforma 22 de junio del 2018.

⁶¹ Artículo 2, Ley de Arrendamiento Financiero No. 884, D. O. 126, 9 de julio del 2002.

⁶² Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho Comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 170.

Las normas mercantiles imperativas, tienen como fin la tutela del interés general y el orden público. En materia mercantil, buscan la transparencia y la protección de las personas que lo requieren. Por esta razón, las partes no pueden, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, pactar en contra del artículo 427, porque de hacerlo la consecuencia es el grado más radical de ineficacia jurídica.

En fin, si no cabe una interpretación distinta a la lógica gramatical del artículo 427 del C.Co.; y, necesariamente debe cumplirse lo dispuesto en la misma por tratarse de una norma imperativa, en consecuencia, los derechos alternativos del arrendatario claramente son copulativos, por lo que, la falta de uno o más de estos, en el arrendamiento mercantil, supone que no se pueda considerar como tal el contrato. Por lo mismo, el efecto jurídico de su ausencia supondría; o la degeneración de este en otro contrato, o su inexistencia.

5.2. TESIS NEGATIVA DEL ARRENDAMIENTO MERCANTIL

5.2.1. DEGENERACIÓN DEL CONTRATO EN UNO DIFERENTE

El artículo 1460 del C.C., propone la posibilidad de que la falta de un elemento de la esencia del contrato cause que este degenera en uno diferente al pactado por las partes. Esto se da porque el régimen mercantil comprende el principio de preservación del negocio jurídico, el cual, según Oviedo Albán, consiste en que el intérprete del contrato busque un efecto distinto al original. Ocurre cuando se presenta una irregularidad en las condiciones de forma o fondo del contrato, haciendo que nazca una obligación similar⁶³.

Por lo mismo, la ausencia de dichas condiciones, consideradas elementos de la esencia, pueden alterar la naturaleza del contrato, produciendo que se perfeccione como un negocio jurídico distinto al consentido por las partes.

La conversión, o degeneración, busca evitar la ineficacia del contrato. Para esto, se le concede una calificación jurídica distinta, atendiendo al hecho de que, sobre la naturaleza de este nuevo contrato, sí se cumplen los requisitos requeridos por la ley, considerados como elementos de la esencia. De esta forma, el contrato intenta satisfacer las necesidades de las partes y ser eficaz.

Dicho de otro modo, la conversión se da en una etapa inicial, previa a la formación del contrato, buscando que la ausencia de elementos no permita que este no nazca a la vida jurídica,

⁶³ Ver, Jorge Oviedo Albán, *Derecho comercial en el siglo XXI* (Bogotá: Editorial Temis, 2008), 14-15.

sino que, desde una etapa previa, se vea alterado y modifique los intereses de las partes, surtiendo efectos similares, pero no del todo iguales⁶⁴.

La doctrina moderna considera que es una conversión en sentido estricto, por ser el tipo de negocio el que se ve modificado por la figura, para salvaguardar su eficacia. Para este segmento de la doctrina, esta teoría se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el cual busca ser amparado incluso cuando las partes se han manifestado de forma inadecuada o indebida⁶⁵.

La legislación ecuatoriana, a pesar de que el C.C. sugiere que existe la posibilidad de que un contrato degenera en otro por ausencia de elementos esenciales, no regula los alcances de esta figura. Situación que genera una gran duda, al configurarse dicha ausencia, volviéndose ambigua la interpretación de las posibilidades prescritas en el C.C., de que el contrato no surta efecto alguno o degenera en otro.

Por lo mismo, claro está que una consecuencia de la falta de elementos de la esencia de un contrato pueda generar su conversión, pero el C.C. no especifica cuándo se genera este efecto y cuándo se genera su inexistencia.

Por esta razón, se acude a la doctrina para poder analizar cuál es el efecto de la conversión del contrato de arrendamiento mercantil en uno distinto, a raíz de la postura del legislador ecuatoriano, que incluyó la degeneración del contrato como una posibilidad, al presentarse la ausencia de un elemento de la esencia.

5.2.1.1. DEGENERACIÓN EN ARRENDAMIENTO PURO Y SIMPLE

En el caso del arrendamiento mercantil, la ausencia de uno o más derechos alternativos del arrendatario —elementos de la esencia—, conllevaría a que este degenera en un contrato de arrendamiento puro y simple. Este contrato, comprende dos elementos de la esencia; la cosa, cuyo uso y goce temporal se cede por parte del arrendador al arrendatario; y, el precio que paga el arrendatario en concepto de renta.

A pesar de que este contrato intentaría satisfacer las necesidades de las partes; pues el arrendatario recibiría el uso y goce del bien, y el arrendador recibiría el precio en concepto de renta; el inconveniente surge al finalizar el plazo del contrato, momento en el cual el arrendatario debe ejercer su derecho alternativo.

⁶⁴ Ver, José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 5ta ed., vol. 1 (Madrid: Dykinson, 2011), 571-572.

⁶⁵ Ver, Federico De Castro y Bravo., *El Negocio Jurídico* (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985), 486-488.

En consecuencia, si el arrendador le otorga al arrendatario, como único derecho alternativo al finalizar el plazo forzoso, la opción de compra degeneraría entonces en un contrato de arrendamiento civil con opción de compra. El C.C. no regula la opción de compra en el arrendamiento civil, pero, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar esta cláusula en el contrato.

Sin embargo, la opción de compra en el arrendamiento civil no satisface la necesidad del arrendatario, cuya voluntad radicaba en la celebración de un leasing, sobre el cual ejercería la opción de compra. Pues al degenerar en otro contrato, el leasing pierde su fin financiero; y al finalizar el arrendamiento civil, el arrendatario tendría que cancelar el precio del bien en su totalidad; mientras que, al finalizar el arrendamiento mercantil, si el arrendatario opta por la opción de compra, únicamente tendría que cancelar el valor residual, atendiendo al fin financiero de este.

En cuanto a la necesidad del arrendador, si el contrato degenera en un arrendamiento civil con opción de compra, el precio que paga el arrendatario durante el plazo del contrato no debe exceder, necesariamente, al valor de adquisición del bien más el valor residual de la opción de compra. Además, como el arrendador no estaría financiando al arrendatario, no cobraría una comisión. Por tal motivo, un arrendamiento civil tampoco satisface los intereses del arrendador, cuya intención se dirigía a la celebración de un arrendamiento mercantil.

Por otro lado, en este mismo supuesto también podría considerarse la conversión de un arrendamiento mercantil de bienes muebles en una venta con reserva de dominio, considerando que el vendedor —arrendador—, seguiría tendiendo el dominio del bien hasta que el comprador —arrendatario— cancele la totalidad de este, momento en el cual se haría dueño del bien. Sin embargo, este contrato constituye un derecho exclusivo para el arrendador, de adquirir el bien una vez pagado el precio completo del mismo; en cambio, el arrendamiento mercantil constituye derechos alternativos para el arrendador al finalizar el plazo, no únicamente la opción de compra. Además, el fin de la venta con reserva de dominio es la transferencia de dominio, mientras que, el fin del arrendamiento mercantil es el financiamiento.

Como efecto, la conversión del contrato radica en la falta de consentimiento de las partes. Como ya se mencionó, el consentimiento es el concierto de voluntades exteriorizadas, encaminadas a la creación de un vínculo contractual, que tenga como fin la creación de obligaciones⁶⁶.

⁶⁶ Ver, Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I y II*, 378.

A pesar de que la conversión del arrendamiento mercantil a un arrendamiento civil o una venta con reserva de dominio evitaría su ineficacia, para de esta manera, conseguir preservar, aunque sea parcialmente la intención de las partes; no es la solución ante la falta de un elemento de la esencia del contrato. Es decir, la preservación del negocio busca que exista el contrato, por lo menos con una distinta calificación, pero esta nueva calificación y los efectos que genera no han sido pactados por las partes y, por lo mismo, no representan su consentimiento.

Ahora bien, si la intención de las partes internamente es celebrar un contrato de arrendamiento mercantil, pero al manifestar esa la voluntad, no se incluye los 4 derechos alternativos del arrendatario, estaríamos en presencia de un desacuerdo entre la voluntad real y declarada de las partes.

Esto se produce en virtud de que las partes han manifestado expresamente su intención de obligarse sobre un determinado contrato, cuando en realidad su voluntad es distinta. Así pues, creen estar celebrando un contrato de arrendamiento mercantil, pero la ausencia de un elemento de la esencia causa que la voluntad real de las partes se manifiesta sobre un arrendamiento civil o una venta con reserva de dominio. Por lo mismo, surge la siguiente duda, ¿cuál voluntad debe primar cuando se presenta una divergencia entre la voluntad real y declarada?

Prescribe el artículo 1576 del C.C., que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”⁶⁷. Por lo mismo, no se podría considerar que un contrato que en apariencia es un arrendamiento civil, surta sus efectos, cuando la intención real de las partes, que es claramente conocida, radica en la celebración de un arrendamiento mercantil.

Esta intención puede ser claramente conocida, al hacer referencia las partes al carácter financiero que posee el leasing; ya sea por su mención en el contrato, o por pactar el valor residual, que resulta ser también un elemento de la esencia del leasing.

En este sentido, no puede configurarse la conversión, porque la intención de las partes estaba encaminada a la celebración de un contrato de otra naturaleza, entendiéndose que lo establecido expresamente en el contrato no permite que este nazca a la vida jurídica por no contener todos los elementos esenciales exigidos por ley para su existencia, pero tampoco permite que nazca un contrato de otra naturaleza por carecer de consentimiento.

A pesar de que la teoría de la conversión del contrato busque proteger su eficacia, convirtiéndolo en uno que sí se cumpla los elementos esenciales, las partes no han convenido en su celebración y la norma no puede suplir esa voluntad. Es decir, a pretexto de que el

⁶⁷ Artículo 1576, C.C.

contrato degenera en uno distinto, no se puede modificar la voluntad de las partes, obligándoles a celebrar un contrato que no cumple con sus requerimientos.

En ese sentido, el consentimiento que iba dirigido a la creación de un contrato de leasing no puede degenerar en otro, sin que las partes expresamente sean quienes consientan en celebrar un contrato de esta naturaleza. Pues, sus intereses se verían modificados y no existiría una intención real de obligarse.

En fin, cuando existe una discordancia entre la voluntad real y declarada de las partes, sin que ellas hayan buscado este resultado, la legislación ha previsto que se trata de un error sobre la voluntad.

5.2.1.2. DEL ERROR EXCLUYENTE DE LA VOLUNTAD

El error excluyente de la voluntad, o como Savigny lo denomina, el error impropio u obstativo de la voluntad, es aquel que recae sobre la naturaleza del negocio jurídico o la identidad de su objeto⁶⁸. El C.C., en su artículo 1469 regula esta figura denominándolo error de hecho, que recae sobre la especie de contrato que se celebra⁶⁹.

Cuando el error se presenta sobre la naturaleza del contrato, afecta directamente a la esencia de este, implicando la ausencia total del consentimiento. En estos casos, en realidad no existe el contrato, porque no se ha producido el concierto de voluntades entre las partes⁷⁰.

Llambías y Josserand, sobre esto, opinan que cuando el error recae sobre la naturaleza del negocio jurídico, no se trata de un vicio del consentimiento, como menciona el C.C., sino de la ausencia de dicho consentimiento. Actúa el error como destructor del consentimiento, impidiendo el acuerdo de voluntades, lo que incide en la inexistencia del contrato, haciendo que lo que había de él, no sea más que una apariencia⁷¹.

Por todo lo expuesto, el consentimiento de las partes en un contrato, para generar efectos, debe recaer sobre todos los elementos esenciales del contrato que versa. En ausencia de alguno de estos elementos, atendiendo la naturaleza misma del contrato, no se habrá generado consentimiento, destruyendo el requisito más importante para la existencia del contrato.

En este sentido, el error se presenta cuando las partes tienen una percepción equivocada de la naturaleza del contrato. De esta forma, la voluntad de ellas no concuerda entre sí,

⁶⁸ Ver, Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Parte General.*, 17 ed. (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1997), 418.

⁶⁹ Artículo 1469, C.C.

⁷⁰ Ver, Arturo Alessandri Rodríguez, *De Los Contratos*, 34.

⁷¹ Ver, Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 414.

impidiendo que el contrato nazca, porque el error representa un obstáculo a la formación del consentimiento sobre los elementos de la esencia inherentes a su naturaleza⁷².

Esto lleva a considerar que, si la parte arrendadora es quien redacta el contrato y omite uno o más derechos alternativos del arrendatario, y el arrendatario cree estarse obligando a la celebración de un contrato de arrendamiento mercantil, se produce el mencionado error obstativo, pues la voluntad de las partes no concuerda al entender cada uno de forma distinta el contrato.

Para ejemplificar, si el arrendador únicamente incluye la opción de compra, omitiendo un elemento esencial del contrato —entendido como los derechos alternativos del arrendatario—, su voluntad real se basaría en un contrato de arrendamiento civil con opción de compra o una venta con reserva de dominio. Mientras que, la voluntad del arrendatario, quien cree estarse obligando a un contrato de leasing, incurriría en un error obstativo del consentimiento, por tratarse de la naturaleza misma del contrato.

En consecuencia, no se cumpliría con el requisito de existencia más importante del contrato, que es el consentimiento. Como resultado, el efecto jurídico, sin duda, es la inexistencia del contrato, teniendo en cuenta que no podría considerarse que este error cause la degeneración del contrato en uno diferente, porque la voluntad de ambas partes, o de una de ellas, no estaba dirigida a la creación de un contrato distinto al de arrendamiento mercantil.

5.2.2. INEXISTENCIA DEL CONTRATO

La ya mencionada teoría del acto jurídico inexistente de Zachariae propone que, frente a la falta de uno de los elementos de la esencia del contrato, no se pueda concebir su existencia. Así mismo, el artículo 1460 del C.C., prescribe que la ausencia de uno de estos elementos puede causar que el contrato no surta efecto alguno.

La primera duda que se desprende del artículo es ¿qué significa que un contrato no surta efecto alguno? que, por lógica, nos lleva a considerar que se trata de un negocio jurídico inexistente. Pues, un negocio puede existir y no ser válido, pero despliega sus efectos jurídicos hasta no declararse nulo; pero un negocio que no surte ningún efecto jurídico es sin duda un negocio que no ha nacido a la vida jurídica.

Como se mencionó anteriormente, la formación del consentimiento inicia con la oferta. El artículo 225 del C.Co. prescribe que ésta debe ser completa, con el fin de que baste su

⁷² Ver, Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I y II*, 409.

aceptación para que se perfeccione el negocio jurídico. Se entiende como completa una oferta que, como mínimo, contenga los elementos de la esencia del contrato que las partes buscan celebrar⁷³.

Visto de esa forma, el oferente —arrendador—, en el contrato de leasing, necesariamente debe presentar en su oferta los 5 elementos de la esencia, prescritos en el artículo 427 del C.Co.

En un sistema de oferta-aceptación, como el ecuatoriano, la aceptación debe ser 100% idéntica a la oferta, lo que se conoce como teoría del espejo⁷⁴. En tal sentido, el aceptante debe consentir todas y cada una de las condiciones que plantea la oferta, con el fin de que el contrato se perfeccione, pues modificar cualquier condición supondría una contraoferta. En definitiva, debe comprender, obligatoriamente, los elementos de la esencia del contrato abarcados por la oferta.

Resulta claro que, de no presentarse en la propuesta de negocio los elementos esenciales del leasing; o, en su defecto, de no aceptarse los mismos, la formación del consentimiento, desde su fase inicial, supondría la inexistencia del contrato. Esto se fundamenta en que, al no incluir la oferta o la aceptación de esta, los elementos exigidos por ley, realmente no llega a configurarse, por lo mismo, tampoco se configuraría la aceptación, en ausencia de oferta. En consecuencia, no nace el contrato; o, lo que es lo mismo, no existe contrato de arrendamiento mercantil.

Algunos doctrinarios consideran que la inexistencia no es más que una teoría por no estar expresamente mencionada en la legislación, por lo que la ausencia de elementos esenciales acarrearía nulidad absoluta. Sin embargo, una parte más consolidada de la doctrina considera que su presencia en el mundo jurídico es imprescindible, a pesar de que no se encuentre regulada en la legislación ecuatoriana expresamente, porque existen algunos presupuestos que, de no cumplirse, la ley los desconoce y los considera ineficaces⁷⁵.

Además, su presencia proviene de la naturaleza y la lógica; considerando que, la noción y características que la ley le otorga a un contrato específico, permite diferenciarlo de otros y configurarlo de manera adecuada para que su ejecución sea más factible y sus fines sean alcanzados.

La jurisprudencia no es uniforme en cuanto a esta discusión en Ecuador, sin embargo, la ex Corte Suprema ha emitido fallos en los que expresa que el efecto de la falta de requisitos

⁷³ Artículo 225, C.Co.

⁷⁴ Ver, Pich Salvador Durany, “Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto”. *Anuario de derecho civil*, N. 3, Vol. 45, (1992), 1011-1096.

⁷⁵ Ver, César Coronel Jones y Óscar del Bruto Andrade, “Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en el derecho ecuatoriano” *Ius Humani* Vol. 2, (2011), 177-209.

esenciales es la inexistencia del acto jurídico, el cual no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado⁷⁶.

Por esta razón, no se regula *per se* la figura de la inexistencia, pero, no por ser innecesaria, sino por tratarse de una consecuencia lógica, derivada de la ausencia de factores que caracterizan un determinado contrato. Si bien es cierto que no se puede regular la nada, la lógica expone que, si una cosa se identifica como tal por la unión de sus partes, no tiene sentido pensar que, con la falta de una de esas partes, se pueda considerar que dicha cosa exista.

Por lo mismo, sería ilógico que la ley expresamente deba determinar la inexistencia como una sanción a dicha ausencia, pues la misma lógica y naturaleza del contrato nos indica que este no se ha configurado o no ha nacido. A pesar de esto, el artículo 427 regula la existencia del contrato y la condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos. Es decir, no regula la inexistencia como sanción a la falta de los mencionados requisitos, pero si condiciona su existencia, que sería lo mismo.

De todo esto se desprende que el hecho de que las partes busquen celebrar un contrato de arrendamiento mercantil, con ausencia de uno de sus elementos esenciales, causa que se cree una apariencia de negocio jurídico, dado que no ha cumplido con las exigencias legales para existir. De tal manera que, eso es lo único que llega a ser, una apariencia de negocio jurídico, mas no un contrato. Como menciona Valverde, es como un organismo al que le falta un órgano vital para subsistir, sin el cual no produce efectos jurídicos, pues no ha llegado a constituirse⁷⁷.

Este es el efecto que surge cuando las partes pactan un arrendamiento mercantil en el que no se otorga al arrendatario los 4 derechos alternativos al finalizar el plazo forzoso. El C.Co. expresamente prescribe que la existencia del contrato se encuentra ligada al cumplimiento de los 5 requisitos establecidos en el artículo 427, en donde, como ya se mencionó, encaja la presencia de todos y cada uno de los derechos alternativos del arrendatario, al finalizar el plazo forzoso.

En consecuencia, se presenta una apariencia de arrendamiento mercantil, considerando que se han cumplido los otros elementos esenciales prescritos en el artículo 427, con excepción del literal e). Como resultado se podrían presentar dos supuestos; primero, que ambas partes hayan pactado las cláusulas del contrato, tratándose de personas jurídicas o naturales; o, el caso de que el contrato haya sido de adhesión, redactado por una entidad financiera.

⁷⁶ Ver, Salgado v. ALTBAR, Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 16 de mayo del 2001, párr. 9.

⁷⁷ Ver, Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil español*, 2da ed. (Valladolid: Cuesta, 1925), 552.

En el primer caso, al ser el contrato de arrendamiento mercantil una apariencia, pero está siendo ejecutado por las partes, quienes consideran que existe, se trata de un acto putativo, debido a que las partes de buena fe han obrado con mediana diligencia⁷⁸, por tratarse de la celebración de un contrato ocasional. En este caso, el arrendamiento mercantil surtiría los efectos que le son inherentes hasta que se declare su ineficacia en sentencia. Sin embargo, esta es una teoría netamente doctrinaria sobre la cual no se ha pronunciado la legislación ni la jurisprudencia nacional.

En el segundo caso, por tratarse de un contrato de adhesión celebrado por una entidad financiera, si estuviese obrando con mediana diligencia, debería permitir que el arrendatario escoja la opción que más le conviene, al finalizar el plazo del contrato. Por lo tanto, el efecto es la inexistencia, que se produce de pleno derecho, pues no requiere de una sentencia para que se declare ineficaz. Esto, porque la ausencia de un elemento de la esencia conlleva a que no se produzcan sus efectos, por lo que no se generan ni obligaciones civiles ni naturales.

En fin, en el último supuesto los efectos son los siguientes; por un lado, pago de lo no debido, sobre el canon cancelado por parte del arrendatario, en virtud de que este ha realizado un pago por error, que claramente sucede porque no existe convención como fuente obligacional, lo que causa que el arrendatario pueda repetir lo pagado según el artículo 2195 del C.C.⁷⁹. Por otro lado, el arrendatario que ejerce la mera tenencia del bien, al no poseer un contrato que reconozca el dominio ajeno, puede convertirse en poseedor irregular, e incluso adquirir el dominio por prescripción adquisitiva; y, el arrendador puede ejercer una acción reivindicatoria para recobrar la cosa.

6. CONCLUSIONES

Todo lo mencionado a lo largo del presente trabajo conduce a las siguientes conclusiones:

En primer lugar; si bien la práctica usual del arrendamiento mercantil en Ecuador, o el desconocimiento de las partes, ha generado que, usualmente, no se incluya en el contrato más que la opción de compra, al finalizar el plazo inicial forzoso, el artículo 427 del C.Co. es claro al indicar que los 4 derechos alternativos son elementos de la esencia —cuyo efecto es la irrenunciabilidad—, más no elementos de la naturaleza —que no requieren ser incluidos en el contrato y sobre los cuales las partes pueden renunciar—. Por lo que, no se puede considerar

⁷⁸ Ver, César Coronel Jones y Óscar del Bruto Andrade, “Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos en el derecho ecuatoriano”, 177-209.

⁷⁹ Artículo 2195, C.C.

como arrendamiento mercantil un contrato celebrado con la ausencia de los mencionados derechos copulativos, porque no cabe otra interpretación que lo literal de las palabras en el contexto del artículo en cuestión, el cual señala como efecto de la ausencia de los requisitos expuestos, la inexistencia del contrato.

En segundo lugar; no se efectúa su degeneración en otro contrato; primero, por presentarse la falta de consentimiento entre las partes, cuya voluntad estaba encaminada a la creación de un arrendamiento mercantil. Como resultado, actúa como obstáculo para la configuración del consentimiento, un error de hecho sobre la esencia del contrato de arrendamiento mercantil, cuyo efecto es la falta de consentimiento, por lo mismo, la inexistencia del contrato. Segundo, su degeneración en otro contrato no satisface las necesidades de las partes y se genera como resultado la falta de consentimiento. Por lo mismo, por no considerarse como arrendamiento mercantil por lo planteado anteriormente, y por no degenerar en otro contrato, se concluye que el efecto jurídico de la falta de los derechos alternativos del arrendatario es la inexistencia del contrato, por no configurarse la oferta de este, ni su aceptación, que estaban dirigidos al perfeccionamiento del contrato.

Analizar esta figura no es tarea fácil, puesto que, existe falta de entendimiento de la norma relativa al contrato, por parte de sus usuarios. Esta puede ser la razón por la cual, al celebrar el contrato, las partes omiten uno o más de los derechos alternativos del arrendatario. Además, el mal uso que se le ha dado a la figura hasta la fecha ha impedido que las partes perciban la utilidad que tiene la figura para las pymes, por su cualidad de financiero. Por lo que, el efecto que genera la ausencia de los derechos alternativos del arrendatario ha causado que disminuya significativamente la cantidad de contratos celebrados anualmente y la cantidad de compañías que se dedican a esta actividad.