



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Nulidad De Escritura Pública Y Nulidad De Contrato: Causales,
Diferencias, Efectos Y Trascendencia

Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Abogada de los Tribunales de
Justicia de la República y Licenciada en
Ciencias Políticas y Sociales.

AUTOR:

Yadira Fabiola Ordóñez Matailo

C.I.: 0107094062

Correo: yadi.ma@hotmail.com

DIRECTOR:

Dr. Juan Cristóbal Piedra Andrade

C.I.: 0103790275

Cuenca, Ecuador

11 - Junio - 2021



RESUMEN

El presente trabajo pretende, mediante el análisis de la estructura tanto del Contrato civil como de la Escritura Pública, conocer mejor los elementos que los conforman y que les dan validez. Estudiar las causas que originan la nulidad de cualquiera de estas dos figuras, que tanta trascendencia tienen en el mundo jurídico, en especial en el tema de las obligaciones y poder diferenciar la nulidad y los efectos de esta, para el contrato tanto como para la Escritura Pública.

Analizando la normativa que los regula, -fundamentalmente- el Código Civil y la Ley Notarial, la doctrina y conceptos dados por juristas de la materia, podremos abordar de mejor manera la nulidad como tema central de estudio en este trabajo; pues la nulidad a la que pueden estar sujetos tanto el Contrato como la Escritura conllevan algunas consecuencias para uno y otro elemento. Además de que tales consecuencias dependerán también del tipo de nulidad a la que estén sujetos pues la misma puede ser absoluta o relativa.

Palabras clave: Contrato. Escritura Pública. Nulidad. Normativa. Doctrina.



ABSTRACT

The present work aims, through the analysis of the structure of both the Civil Contract and the Public Deed, know better the elements that make them up and that give them validity. Study the causes that cause the nullity of either of these two figures, that they have so much importance in the legal world, especially in the matter of obligations and to be able to differentiate the nullity and the effects of this, for the contract as well as for the Public Deed.

Analyzing the regulations that regulate them, -fundamentally- the Civil Code and the Notarial Law, the doctrine and concepts given by jurists of the matter, we will be able to better address nullity as a central topic of study in this work; since the nullity to which both the Contract and the Deed may be subject carry some consequences for both elements. In addition to the fact that such consequences will also depend on the type of nullity to which they are subject, since it can be absolute or relative.

Keywords: Contract. Public Deed. Nullity. Regulations. Doctrine.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN:	2
ABSTRACT:	3
DECICATORIA:	8
AGRADECIMIENTOS:	9
INTRODUCCIÓN:	10
CAPÍTULO I:	12
EL CONTRATO Y LA ESCRITURA PÚBLICA.....	13
1.1 El Contrato.-Generalidades.- Requisitos de Existencia y Validez.....	13
1.1.1 El Contrato como Manifestación de la Voluntad.....	14
1.1.2 Requisitos de Existencia y Validez del Contrato.....	16
1.1.3 Voluntad y Consentimiento Libre de Vicio.....	17
1.1.4 Objeto y Causa Lícitos.....	22
1.1.5 Capacidad de las partes.....	27
1.2 La Escritura Pública.- Generalidades.....	29
1.2.1 Conceptos de Escritura Pública.- Características.....	29
1.2.2 Requisitos de Existencia y Validez de la Escritura Pública.....	33
1.2.3 Contenido esencial de la Escritura Pública, Artículo 29 de la Ley Notarial.....	36
CAPITULO II:	39
DE LA NULIDAD DE CONTRATO Y NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA.....	40
2.1 Nulidad de Contrato.-Generalidades.- Causales.....	40
2.1.1 Conceptos de Nulidad de contrato.....	41
2.1.2 Causales de Nulidad del Contrato.....	42
2.1.3 Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa de Contrato.....	45
2.2 Nulidad de la Escritura Pública.-Generalidades.- Causales.....	51
2.2.1 Conceptos de Nulidad de Escritura Pública.....	52
2.2.2 Incumplimiento de requisitos prescritos por la Ley Notarial.....	55



CAPITULO III:	59
CONTRATOS Y ESCRITURAS DECLARADOS NULOS	60
3.1. El Contrato declarado Nulo	60
3.1.1 Contrato con Nulidad Absoluta.....	61
3.1.2 Contrato con Nulidad Relativa.....	64
3.1.3 Escritura Pública Válida con Contrato Nulo.....	76
3.2 Escritura Pública Nula.....	78
3.2.1 Escritura Pública declarada nula.....	79
3.2.2 Contrato contenido en Escritura Pública Nula.....	82
CONCLUSIONES:	86
ANEXOS:	88
REFERENCIAS:	89



Cláusula de Propiedad Intelectual

Yadira Fabiola Ordóñez Matailo, autora del trabajo de titulación **Nulidad de Escritura Pública y Nulidad de Contrato: Causales, Diferencias, Efectos y Trascendencia**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, junio 11 de 2021

Yadira Fabiola Ordóñez Matailo

C.I: 0107094062



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Yadira Fabiola Ordóñez Matailo, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **Nulidad de Escritura Pública y Nulidad de Contrato: Causales, Diferencias, Efectos y Trascendencia**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, junio 11 de 2021

Yadira Fabiola Ordóñez Matailo

C.I: 0107094062



DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a las personas más importantes en mi vida, en especial a mi madre Sra. Margarita Matailo quien con su ejemplo y virtudes ha sabido formarme y guiarme en cada paso emprendido; a mi abuelito Manuel (+), quien con su sola presencia supo apoyarme y plasmar en mi ser, valores, principios y objetivos; por quienes soy la persona que soy, y por quienes espero ser mejor cada día. A toda mi familia que ha sabido darme su afecto y apoyo, y quienes hacen de mi mundo un lugar mejor.



AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitirme estar aquí y acompañarme en cada paso dado.

A mis padres, por todo el apoyo brindado y en especial, a mi madre, Sra. Margarita Matailo por todo su amor y esfuerzos, por haberme formado, cuidado y acompañado siempre.

A mi familia, inspiración y apoyo de cada jornada.

A mi Universidad de Cuenca y la Facultad de Jurisprudencia, por la formación brindada.

A todos los maestros que han sabido formarnos y compartir con sus estudiantes sus valiosos conocimientos; en especial al Abg. Juan Cristóbal Piedra, tutor de este trabajo, por su tiempo, paciencia y orientación.

A mis amigas y amigos que han hecho el camino recorrido más ameno y más grato.



INTRODUCCIÓN

En el quehacer cotidiano de las personas y en materia civil, son fundamentales los contratos, como declaraciones de la voluntad, encaminados a crear, modificar o extinguir obligaciones, pues a través de estos actos, las personas amparadas en el principio de la autonomía de la voluntad, pueden celebrar cualquier tipo de acto o contrato de acuerdo a sus intereses, incluso la norma fundamental, nuestra Constitución reconoce como parte de los derechos de libertad de las personas el derecho a la libertad de contratación¹, con lo que evidenciamos la importancia de los contratos en la vida diaria; contratos que se entienden celebrados de buena fe y que nacen con la intención de ser cumplidos; ahora bien, al hablar de contratos, es importante también hablar del soporte físico que se les da, para revestirlos de solemnidades, esto es la escritura pública en la que suele asentarse los contratos para darles mayor eficacia pues esta goza de especial consideración pues tiene a su favor la presunción² de autenticidad, prueban su valor por sí mismos sin necesidad de reconocimiento de la parte contraria. Incluso nuestra normativa le ha dado gran valor a la escritura pública como soporte de los contratos que no son pocos los casos en que para la validez del negocio jurídico el mismo debe ser celebrado a través de escritura pública, como el caso de la tradición de derechos de servidumbre, la compraventa de inmuebles, la constitución de patrimonio familiar o el testamento; la normativa procesal también nos señala el alcance probatorio del instrumento público, así tenemos el artículo 208 del Código Orgánico General de Procesos. Con esto podemos tener clara la idea de la importancia que tienen tanto el contrato como manifestación de voluntad encaminado a crear, modificar o extinguir obligaciones y de la escritura pública como soporte físico formal del mismo; pues como manifestamos anteriormente, aunque los contratos y las escrituras que los contienen, se entienden celebrados de buena fe y con la intención de ser ejecutados, no es menos cierto que algunos de ellos pueden nacer al mundo jurídico viciados, con causas que les impidan cumplir con su objetivo o cuyo objeto es contrario

¹**Constitución 2008.- Derechos de Libertad.- Art.66** Se reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación.

²**COGEP. Art. 208.- Alcance probatorio.** El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.



al orden público y por tanto no pueden ser ejecutados, obligando al perjudicado a iniciar acciones que impidan que esos contratos viciados lleguen a producir efectos jurídicos.

Las acciones encaminadas a evitar que actos viciados lleguen a producir efectos jurídicos son las acciones de nulidad, o que buscan la declaratoria de nulidad, ya sea del contrato o de la escritura pública que lo contiene; es por esto que la nulidad ha sido considerada una sanción legal para los actos carentes de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de los mismos. La nulidad entonces, como tema de estudio, resulta trascendental y de gran amplitud por las clasificaciones, causas y consecuencias que tiene; tanto en materia contractual como cuando hablamos de nulidad de escritura pública, cada una con sus particularidades, ya que el desconocimiento de estas distinciones, provoca que al momento de proponer acciones muchas veces se incurra en errores, pues suele confundirse al contrato –manifestación de voluntad- con la escritura pública –instrumento- que lo contiene, pues al formar un solo conjunto suele asimilárseles como lo mismo, y es en ese momento cuando las acciones fracasan.

En este marco, se desarrolla el presente trabajo, buscando primero, mediante el estudio de los conceptos y de los elementos de existencia y validez tanto del contrato como de la escritura, que la doctrina clásica y autores modernos pueden darnos y el análisis de la normativa que los regula, diferenciar estos dos elementos; a fin de tener un panorama más claro que nos permita después, abordar el tema de la nulidad de ellos.

Los conceptos de autores clásicos como Guillermo Borda o Jorge Llambías, los de autores contemporáneos como Ospina Fernández y Ospina Acosta, la normativa vigente, además de trabajos y artículos de profesionales del área, serán analizados para tratar el tema de la nulidad, sus conceptos y causales, tanto para el contrato como para la escritura pública, en pos de identificar claramente las causales para cada uno, así como la nulidad que traen consigo sea esta absoluta o relativa.

Finalmente abordaremos, los efectos de la nulidad para un contrato como para una escritura y sobre todo cuando solo uno de los dos es declarado nulo, el efecto que genere para el otro, sea como continente de un acto nulo o como un acto válido en un continente nulo.



CAPITULO I



EL CONTRATO Y LA ESCRITURA PÚBLICA

1.1 EL CONTRATO.- GENERALIDADES.

En el derecho civil es fundamental el concepto de las obligaciones, que son un vínculo jurídico por virtud del cual una persona (deudor) es constreñida frente a otra (acreedor) a realizar una determinada prestación; para abordar este concepto podemos referirnos a la obligación romana, que según la teoría del romanista Bonfante, nació en tiempos muy antiguos en el terreno de los delitos; pues originalmente la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia un derecho de venganza, el cual mediante una “composición” (transformación) podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia, a exigir del culpable o de su familia cierta prestación. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba *obligatus*, o sea atado a la familia de la víctima, como una especie de rehén. Por lo que la obligación antigua era una garantía del cumplimiento de alguna prestación nacida de un delito. Posteriormente, al irse desarrollando los actos económicos entre las familias, se presentaba la necesidad de que un paterfamilias prestara valores a otro; en tal caso el acreedor requería tener una garantía y esta “atadura” se trasladó del campo delictual al Derecho Privado.

En este contexto, entendiendo el antecedente de las obligaciones en el derecho privado resulta apropiado referirnos entonces a las fuentes o hechos jurídicos de las que nacen, o que dan origen a las obligaciones, así tenemos; como ya vimos (históricamente), una de ellas la constituye el delito, también tenemos el cuasidelito, el cuasicontrato, y sobresale en la actualidad por su importancia, el contrato, que básicamente se ha definido como un acuerdo entre varias personas que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles. (Morales, 2011).

Con estos antecedentes es posible, referirnos de mejor manera al tema de nuestro estudio, esto es el contrato, y podemos partir con algunas definiciones que podemos encontrar del mismo; así tenemos, la que nos ofrece nuestro Código Civil en su artículo 1454.



Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

No podemos dejar de comentar, siguiendo al doctor Hernán Coello, que esta definición refiere más bien al género “*obligación*” antes que a la especie -contrato-, pues como sostiene el autor todo contrato supone un acto, pero no todo acto supone un contrato. (Coello G., 2010)

Así, siguiendo al citado autor, podemos definir de mejor manera el contrato diciendo que este, “es todo acuerdo bilateral que tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones”, agregando que la palabra contrato proviene del latín “*contractus*” que significa contraer, estrechar o unir; lo que gramaticalmente denota un acuerdo de dos o más personas que se obligan respecto de determinadas materias; lo cual apoya la definición dada. (Coello G., 2010)

Tenemos entonces, ya definido el contrato como aquel acuerdo de voluntades, que tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones, y en este concepto fundaremos nuestro estudio.

1.1.1 El contrato como Manifestación de la Voluntad.-

Definido el contrato como aquel acuerdo bilateral, destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones, corresponde cuestionarnos que implica ese acuerdo y por supuesto diremos que para que exista tal acuerdo es necesario que esté presente la voluntad de las partes, es decir esa facultad humana que tenemos para decidir con libertad lo que desea y lo que no, esa intención que caracteriza a las personas cuando buscan obtener algo; y por supuesto que esa voluntad debe ser manifestada ergo, dada a conocer, que se sepa. Así, debemos entonces entender al contrato como esa “manifestación de la voluntad”, como la expresión del deseo de las partes intervinientes en él, para hacer nacer, cambiar o suprimir alguna o algunas obligaciones.

Teniendo presente también que, esta facultad que tienen los intervinientes en un contrato de reglamentar por sí mismos sus relaciones, se encuentra amparada por



el derecho, pues la ley admite y en ciertos casos sanciona los efectos producidos por estos acuerdos de voluntades.

En este sentido toma especial importancia el principio de la Autonomía de la Voluntad³, pues este supone la posibilidad de las personas no solo de dar a conocer sus deseos, sino de poder llevarlos a cabo y reglamentar sus actuaciones en pos de conseguir sus objetivos, esto en el campo de las relaciones entre particulares, pues no estamos hablando de deseos o metas personales que podemos tener y decidir actuar al respecto; sino cuando llevamos a cabo negocios jurídicos con otras personas encaminados a producir efectos en el mundo jurídico, cuando concuerdan dos voluntades y a través de un contrato dejan expresada o manifestada su voluntad de realizar un negocio o de contraer determinadas obligaciones.

Es tan importante la posibilidad de poder expresar esa voluntad que incluso los tratados internacionales y la norma fundamental del Estado, dentro de los derechos de libertad, consagra el derecho a la libertad de contratación⁴, es decir se reconoce como un derecho fundamental, la libre contratación, esto porque un contrato supone la libre y voluntaria expresión de las partes que en el intervienen, y su compromiso de cumplir con el contenido del mismo; por supuesto dentro de los límites que suponen las leyes y el orden público.

Así, el contrato es, la expresión o manifestación, entendida esta como la muestra o la evidencia, de la voluntad o aspiraciones de las partes que en el intervienen, y que en el expresan lo que persiguen obtener de ese acuerdo de voluntades, sean que busquen hacer nacer, modificar o extinguir alguna obligación, pues la voluntad es la fuente creadora del acto jurídico privado y por tanto debe manifestarse, ya que si esto no ocurre carecería de trascendencia en el mundo jurídico.

³ **Principio de la Autonomía de la Voluntad.**- Reconoce a las personas la facultad de autorregularse o reglamentar por sí mismas la relación contractual con otras personas según sus intereses y dentro del marco legal vigente.

⁴ **Constitución 2008.- Derechos de Libertad.- Art.66** Se reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación.



1.1.2 Requisitos de Existencia y Validez del contrato.-

El autor Ramón Sánchez Medal, nos habla sobre los elementos del contrato e indica que el contrato consta de dos clases de elementos, los elementos de existencia y los de validez, mencionando que los de existencia son el consentimiento y el objeto y los de validez, la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma y el fin o motivo lícito.

Es necesario establecer que los elementos de existencia de los negocios jurídicos lo constituyen aquellos que dan vida al acto jurídico, los que le permiten nacer al mundo jurídico y por tanto producir efectos en él y los elementos de validez son aquellos que le dan una existencia sana al acto jurídico, pues la falta de alguno de ellos no impide la existencia del acto, pero lo vicia y permite por tanto anularlo y evitar que produzca efectos jurídicos.

Víctor Cevallos Vásquez, en su libro Contratos Civiles y Mercantiles, nos habla de la Existencia del Acto jurídico e indica que son requisitos de existencia del acto jurídico, la manifestación de voluntad de una o más personas sin vicios; así como que tal voluntad esté encaminada a producir efectos jurídicos; y eventualmente la observancia de formalidades o solemnidades, si no acaecen los dos elementos primeros deviene la inexistencia del acto jurídico, lo cual concuerda con lo dicho anteriormente; así como también sobre los requisitos de Validez el acto jurídico, indica que de darse la existencia de un acto jurídico, el mismo requiere además ser idóneo o válido, lo que implica que las personas que expresaron su voluntad para originar el acto jurídico sean capaces de hacerlo y que la manifestación del consentimiento no encuentre afectada por vicio alguno, que el fin y el objeto sean lícitos y desde luego que se hayan cumplido las formalidades de ley. (Cevallos Vásquez, 2005)

No podemos dejar de mencionar también que se ha clasificado doctrinariamente, a los elementos del negocio jurídico –contrato-, en elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza; siendo los elementos esenciales del mismo, aquellos sin los cuales no es posible su existencia o sin los cuales no es posible formarse; los elementos de la naturaleza, aquellos incorporados por la ley y los elementos accidentales, aquellos que las partes agregan a los mismos



voluntariamente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y el derecho a la libertad contractual.

Nuestro ordenamiento jurídico a través del Código Civil, regula también los elementos necesarios para que una persona se obligue para con otra, así prescribe el artículo 1461;

Art. 1461[C.C.E].- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Así, nos corresponde analizar cada uno de estos elementos, a continuación.

1.1.3 Voluntad y Consentimiento Libre de Vicio.-

Se ha definido a la voluntad como la aptitud de decidir y ordenar la propia conducta, como la capacidad humana para decidir lo que se desea y lo que no, en sentido ético como la actitud o disposición moral para querer algo, es decir será siempre una cualidad humana para actuar libremente y decidir sobre los actos propios; en los actos jurídicos unilaterales esta será llamada siempre, voluntad, pero cuando hablamos de actos jurídicos bilaterales esa voluntad tomará el nombre consentimiento, que constituye el acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico. Sin dejar de lado la necesidad de que esa voluntad, para ser considerada o tener efecto en el mundo jurídico debe ser exteriorizada por las partes, no puede permanecer en el fuero interno del sujeto, pues ahí permanecerá indiferente para el mundo jurídico, esa voluntad debe ser manifestada, que se proyecte externamente, que se declare o manifieste. En ese contexto es pertinente hablar del consentimiento, que etimológicamente proviene



de *cum* y *sentiré*, es decir un sentir con otro o sentimiento compartido, ergo, implica un acuerdo entre las voluntades de las partes, ese constituye el primer elemento esencial, básico de existencia de los contratos, pues como manifestamos el contrato es la manifestación de la voluntad de las partes, por tanto es fundamental ese consentimiento, para que efectivamente ese contrato esté encaminado a crear, modificar o extinguir obligaciones.

Para que esta voluntad y consentimiento, puedan efectivamente vincular y obligar a las partes, deben manifestarse libre de vicio, sin nada que pueda afectar o forzar ese consentimiento; los vicios que pueden afectar al consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

El error.- se ha definido al error como un concepto equivocado o juicio falso, una acción desacertada o equivocada; es decir el consentimiento puede verse afectado o viciado cuando existe una equivocación o un juicio falso sobre los pormenores del contrato, por parte de una de las partes que interviene en el negocio jurídico.

El error puede ser de hecho o derecho, sin embargo el error de derecho no vicia el consentimiento y así lo prescribe el art. 1468 de nuestro Código Civil, pues la ley se entiende conocida por todos, por tanto no puede alegarse el desconocimiento de ella para evitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

A continuación, nuestro Código Civil también nos dice cuándo, el error de hecho vicia el consentimiento, y esto es cuando recae sobre la especie de acto o de contrato, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, en este artículo -1469- el Código ejemplifica también cuando pueden darse estos casos, esto es cuando por ejemplo una de las partes entiende que celebra un contrato de empréstito y la otra parte entiende donación, o cuando en el contrato de venta la una parte entiende vender una cosa y la otra parte cree comprar otra cosa; con estos ejemplos es fácil entender cuando el error de hecho vicia el consentimiento, esto es cuando el consentimiento de alguna de las partes puede verse afectado, o cuando esta equivocación lleva al contratante a realizar un negocio jurídico que tiene un vicio pues existe un error de hecho al realizarlo. Cuando error recae en la especie de contrato que se realiza existe pues un vicio en el consentimiento porque este consentimiento implica el acuerdo voluntario de las partes en realizar



determinado contrato y si estas entienden diferentes tipos de contrato, no puede existir tal consentimiento que como vimos es ese sentimiento compartido de las dos partes, es decir debe estar orientado al mismo objetivo y en tal caso de error no hay tal consentimiento.

Así mismo el artículo 1470, refiere cuando el error de hecho vicia el consentimiento, y esto es cuando la sustancia o calidad *esencial* de la cosa sobre la que versa el contrato es de calidad diferente de la que se cree, pero sobre el error sobre cualquier otra cualidad de la cosa materia del contrato no vicia el consentimiento, a menos que esa calidad haya sido el motivo principal para contratar y la contraparte haya conocido este motivo. Es entendible por cuanto si estamos frente a una cosa que es materia principal del contrato y una de las partes la entiende de tal calidad asociará un valor a esa calidad y en base a este realizará el contrato, si resultare ser de otra calidad que la que creía una de las partes, su voluntad estará viciada, por un error de apreciación y no podría haber tal consentimiento.

Por su parte el artículo 1471 *ibídem*, refiere sobre el error acerca de la persona con la que se contrata, esto es cuando una de las partes entendió contratar con tal persona y en verdad contrató con otra, cuestión que no vicia el consentimiento de la persona que cometió el error, esto debido a que la intención de contratar efectivamente existía y por tanto existió el consentimiento, sin embargo si la identidad de la persona era la causa o razón del contrato, efectivamente ese error viciará el consentimiento del contratante, esto por cuanto como hemos visto, el error supone una equivocación o juicio errado acerca de algo y en materia del negocio jurídico cuando ese algo supone la causa del contrato, no puede existir tal equivocación pues el consentimiento, la voluntad de la persona se verá afectada por ese juicio falso que tuvo acerca de la razón principal que tenía para realizar el contrato, en este caso la identidad de la persona, sin dejar nuestro código de contemplar el derecho de la otra parte, en este caso de recibir indemnización por los perjuicios que de buena fe haya padecido a causa de la nulidad de contrato.



El error entonces, vicia el consentimiento de los contratantes en la medida en que tal equivocación recae sobre el motivo o causa que tiene la persona para realizar el contrato; así la ley entiende viciado el consentimiento cuando existe error sobre la especie de acto o contrato que se celebra, la identidad de la cosa sobre la que recae el contrato, la calidad de la cosa materia del contrato o incluso la identidad de la persona cuando esta es razón para contratar; pues la voluntad como hemos visto es la aptitud de la persona para decidir y ordenar su propia conducta, por tanto si la persona se encuentra en un error o falsa percepción de lo que motiva su decisión de contratar, no puede existir una voluntad auténtica sino que esta aptitud se encuentra viciada o afectada por un error, por tanto no existe consentimiento para la realización de un negocio jurídico, y esto conlleva a la nulidad por la omisión de un requisito esencial para un contrato como lo es el consentimiento.

La Fuerza.- La fuerza se ha definido como la capacidad física para realizar un trabajo o la aplicación de esta capacidad física sobre algo; en el sentido que nos ocupa, fuerza será como lo establece nuestro Código Civil en su artículo 1472, todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave; es decir fuerza se entenderá como la aplicación de la capacidad para producir un trabajo, sobre otra persona para causarle un justo temor a un mal irreparable para obtener algo de esa persona. Como vicio del consentimiento entenderíamos que con el temor infundido se pretende obtener el consentimiento de una persona para realizar un negocio jurídico, por supuesto obtener el consentimiento de una persona de esta manera implica viciar o afectar la voluntad de la persona, por tanto esta voluntad y consentimiento no son aptos para producir un negocio jurídico pleno, pues un requisito esencial para la existencia y validez de un negocio jurídico es precisamente que la voluntad, el consentimiento sean expresados libres de vicio y obtener el consentimiento por medio de la fuerza implica viciarlo.

Ahora bien, también es necesario aclarar que la ley solo supone la fuerza como vicio del consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición; lo cual



resulta justo pues no se puede abrir la puerta a alegaciones que solo pretenden evitar el cumplimiento de obligaciones adquiridas, de aquí que la ley requiere para que la fuerza efectivamente vicie el consentimiento, que el temor sea grave o que cause una impresión fuerte, es decir no cualquier amenaza será suficiente para viciar el consentimiento pues si alguien nos dice contratas conmigo o te golpearé, no podremos luego decir que hubo fuerza que vició nuestro consentimiento, debe ser un temor verdadero a un mal grave irreparable que efectivamente pueda suceder. Pero también es cierto que para viciar el consentimiento la ley no requiere que sea la persona que se beneficiará directamente con el contrato la que ejerza fuerza sobre el otro contratante, sino basta que se haya empleado fuerza por cualquier persona para viciar el consentimiento –artículo 1473-.

El Dolo.- Nuestro Código Civil ha definido al dolo como la intención positiva de irrogar perjuicio a la persona o propiedad de otro. Podemos entender de mejor manera el dolo si lo definimos como todo engaño o maquinación insidiosa de uno de los contratantes que induce al otro a prestar su consentimiento para celebrar un contrato de manera que sin él no se hubiera celebrado, se trata entonces de cualquier artificio, maquinación o astucia con el fin de conseguir un acto. Se debe también analizar el dolo desde dos puntos de vista, como vicio del consentimiento y como fuente de una obligación civil por corresponder a un acto ilícito con la intención positiva de dañar a otra persona, pues en ese caso nace la obligación civil de indemnizar esos daños y perjuicios; lo que se denomina Responsabilidad Civil, pudiendo ser esta contractual o extracontractual.

Como vicio del consentimiento, el dolo no solo consiste en actos positivos como cuando se realizan actos para obtener el perjuicio en contra de un tercero, o cuando se realizan acciones fraudulentas para engañar a otra persona; sino también puede ser negativo como cuando se ocultan o callan circunstancias que para la otra parte hubieran sido obstáculo para la celebración del contrato, como cuando el vendedor oculta intencionalmente los defectos de una cosa que vende para obtener de ese modo, el consentimiento del comprador. Para nuestra legislación el dolo, se considera vicio del consentimiento cuando es obra de una de las partes y además aparece claramente que sin él no hubieran contratado, en los demás casos solo da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o



aprovechado de él, regla que evidencia lo dicho anteriormente, que el dolo puede aparecer como vicio del consentimiento y como fuente de la obligación de reparar perjuicios –artículo 1474-.

Entonces, es necesario, para que pueda considerarse el dolo como vicio del consentimiento, que sea obra de una de las partes y que aparezca claramente que sin él no hubieran contratado como vimos según la regla del primer inciso del artículo 1474, lo que supone que, para viciar el consentimiento es necesario que el dolo sea *principal*, en el sentido de que la persona que ha consentido o declarado su voluntad, debe haber actuado precisamente en virtud de la gestión dolosa conseguido por otro, es decir que el dolo sea la causa determinante del contrato y por supuesto que sea obra de una de las partes, pues si fuere obra de un tercero, el acto no sería anulable por dolo y la parte perjudicada por el engaño solo tendría acción contra el tercero, autor del engaño para que le indemnice por los perjuicios recibidos.

El dolo como vicio del consentimiento, da lugar a la rescisión⁵ del acto o contrato, así lo señala la regla del artículo 1698, inciso final, pues cuando se obtiene el consentimiento a través de una actuación dolosa, el acto o contrato es relativamente nulo. Tratándose de un hecho –acción engañosa- el dolo debe ser probado por la parte que lo alega, pues el juez no puede conocer los hechos propuestos por tanto estos deben ser probados o justificados en juicio, el artículo 1475 del CCE dice que el dolo no se presume sino en los casos previstos por la ley. En los demás debe probarse. Lo cual supone que la regla es que el dolo debe ser probado por quien lo alegue y solo por excepción existirán casos en que la ley lo presuma, por ejemplo cuando alguien oculta el testamento.

1.1.4 Objeto y Causa Lícitos.-

El Objeto Lícito constituye otro de los elementos esenciales y de validez de los actos o negocios jurídicos, esto lo evidenciamos en la regla que trae el artículo

⁵ **Rescisión.**- Modo de extinguir las obligaciones, por voluntad de las partes o a consecuencia de la existencia de algún vicio que acarree nulidad relativa.



1461, que prescribe que para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que recaiga sobre un objeto lícito.

Lo que entendemos por objeto puede ser definido partiendo de lo que supone la manifestación de la voluntad, lo que ella implica o los efectos jurídicos a que esta manifestación va encaminada, esto es, el crear modificar o extinguir obligaciones, y esto es lo que supone el objeto del contrato -la obligación contraída- entonces el objeto específico de cada contrato será lo que hemos contraído como obligación o lo que debemos. En este sentido el objeto puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Si la obligación es de dar, el objeto implica una cosa, como un *objeto* o cuerpo cierto, o determinada cantidad de dinero que se tenga que entregar; ejemplo más claro tenemos en la compraventa donde el vendedor se obliga a entregar una cosa o cuerpo cierto y el comprador a entregar determinada cantidad de dinero, constituyendo estas entregas recíprocas el objeto del contrato, manifestado como la obligación de dar.

El objeto también puede consistir en un hecho ya sea positivo o negativo, cuando la obligación es de hacer o no hacer alguna cosa respectivamente, como la obligación de construir una obra material o abstenerse de realizar determinada conducta. –Artículo 1476-

El objeto de un negocio jurídico también debe reunir algunos requisitos para ser tal en un acto jurídico, esto según sea un objeto material -cosa- o cuando el objeto se trate de un hecho como en las obligaciones de hacer o no hacer alguna cosa; para que las cosas materiales puedan ser objeto de un negocio jurídico es necesario:

- a) Que las cosas primeramente existan, que sean presentes o bien se espere que existan en un tiempo futuro, como el fruto de una cosecha futura, caso contrario no valdría la obligación, pues el acto o contrato adolecería de falta de objeto, salvo que se hubiere pactado a la suerte.
- b) Las cosas deben ser comerciables, -artículo 1477- pues para poder realizar negocios jurídicos válidos con las cosas es necesario tal requisito que



corresponde a la generalidad de las cosas, y la excepción a esta regla se puede encontrar en la misma norma como cuando señala en el artículo 602 que las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres están fuera del comercio y por tanto no son susceptibles de dominio y nadie tiene derecho a apropiárselas.

- c) Así mismo, las cosas deben ser determinadas o determinables, al menos en cuanto a su género –artículo 1477-, la cantidad puede ser incierta, siempre y cuando el acto o contrato fije las reglas o contenga los datos necesarios para poder determinarla.

Cuando el objeto se trate de un hecho, debe también reunir dos requisitos esenciales:

- a) Que el hecho sea posible, tanto física como moralmente, será físicamente imposible aquel hecho contrario a la naturaleza y moralmente imposible el contrario a las leyes, buenas costumbres o al orden público.
- b) El hecho debe ser además determinado, para que además pueda ser exigible su cumplimiento, caso contrario el obligado quedaría en la imposibilidad de cumplir la obligación.

El objeto ilícito.- como hemos visto constituye requisito esencial de los negocios jurídicos el objeto, mismo que debe tener la cualidad de ser lícito; constituye la regla que el objeto de los contratos sea lícito, por tanto corresponde hacer referencia a las excepciones de esta regla, esto es cuando el objeto es lícito, el propio legislador (artículos 1478 al 1482 C.C.E.) ha señalado algunos casos en que el objeto ha merecido ser considerado ilícito, tales son:

- i. Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano, es decir todo lo que contraviene a la normativa de esta rama del derecho, sean normas Constitucionales, de Derecho Penal, Administrativo, Tributario, Procesal y el Derecho Internacional Público.
- ii. Habrá también objeto ilícito en todo lo que contravenga la regla del artículo 1479, es decir cuando se realicen negocios jurídicos *mortis causae*, bajo las reglas de los negocios jurídicos entre vivos; pues se estaría desnaturalizando una institución reglada por la ley, y cuando se trata de distorsionar un negocio



jurídico que tiene determinada naturaleza jurídica a través de un contrato, ese contrato es nulo, y los actos o contratos que la ley declare inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad –artículo 1485-.

iii. El tercer caso de objeto ilícito refiera a la enajenación de ciertos bienes (cosas o derechos), cuyo titular por regla general puede enajenarlos, pero que por determinadas circunstancias, su enajenación da lugar a objeto ilícito; así tenemos;

-Las cosas que no están en el comercio, en este caso podemos decir que hay determinadas cosas que por su naturaleza no están en el comercio como los bienes nacionales de uso público, respecto de las cuales no cabe una enajenación válida; pero puede darse el caso de que cosas generalmente comerciables dejan de serlo, como en el caso de bienes que son declarados de utilidad pública y se ha dispuesto su expropiación.

- Los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otras personas, como el caso del derecho a alimentos, que no puede transmitirse por causa de muerte y mucho menos cederse por acto entre vivos, es un derecho de los conocidos como personalísimos⁶, establecido *intuito* persona y por lo mismo solo la persona beneficiaria de él, puede gozarlo.

- Las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello, esto porque los bienes embargados salen del comercio para proteger al acreedor de una obligación.

iv. La condonación del dolo futuro, también constituye objeto ilícito, pues si como vimos anteriormente, el dolo constituye uno de los vicios del consentimiento, no puede ser objeto de un contrato precisamente la disculpa de este vicio.

v. Según la regla del artículo 1482, podemos concluir que hay objeto ilícito generalmente en todos los actos que prohíbe la ley, y por tanto estos actos son nulos de nulidad absoluta y de ningún valor (artículo 9 CC).

⁶ **Derechos personalísimos** con las características de: intransferibles, irrenunciables, inembargables e incuantificables.



Causa Lícita.- Según los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta (2016), el acto voluntario, por ser un acto humano obedece a un fin práctico, sin el cual carecería de sentido en sí mismo, pues nadie realiza un acto jurídico simplemente porque sí, sino en consideración a los resultados prácticos que mediante él pueda alcanzar, el acto jurídico presenta una característica que lo diferencia de cualquier otro hecho o acto voluntario y es que la finalidad práctica que se pretende se la busca por medio de una operación jurídica encaminada a crear, modificar o extinguir obligaciones. Legislaciones como la nuestra han visto por esta razón la necesidad de distinguir en el acto jurídico, por una parte su objeto, que es el contenido jurídico de la operación, y por otra parte, el *fin práctico*, determinado por los móviles o motivos que inducen a la celebración del acto y que constituyen su causa. (p.33, 34)

No podemos dejar de mencionar, al hablar de la causa como fuente o motivo del negocio jurídico, que puede la causa entenderse en sentido objetivo como en un sentido subjetivo, referido al motivo individual y subjetivo que cada persona pueda tener en la realización de un negocio, lo cual resultaría en que los jueces tendrían que escudriñar la conciencia de cada persona para determinar la licitud o ilicitud de la causa en determinado negocio jurídico, lo que resulta fuera de las posibilidades humanas. Pero si entendemos a la causa en sentido objetivo podemos entenderla como la expectativa de recibir una contraprestación, pues entendemos que nadie contrata sin esperar recibir algo a cambio (Morales, 2011). Entonces, la **causa**, puede ser entendida como la fuerza determinante, el propósito inmediato e invariable de todo acto o contrato en cada caso concreto; por este motivo en todo acto o contrato de la misma especie, la causa jurídicamente considerada, debe ser siempre, e invariablemente la misma. Así, por ejemplo en la compraventa la causa será siempre para el vendedor la de recibir el pago por parte del comprador, y la del comprador la obligación del vendedor de transferirle la propiedad de la cosa que compra; independientemente de los motivos personales que hayan tenido las partes para comprar y vender el objeto.

Así mismo la causa debe reunir dos requisitos para efectivamente ser considerada como elemento de validez de los actos jurídicos; el artículo 1483 formula el precepto “No puede haber obligación sin una causa real y lícita”, entonces la causa debe ser:



- Real: es decir que la voluntad expresada debe ser lo que efectivamente se pretende con el contrato; esto para evitar la simulación que no es más que consignar en el contrato una declaración de voluntad que no es la que realmente llevó a los contratantes a expresarse del modo en que lo hicieron en el contrato, produciendo un negocio jurídico diferente del que aparece como llevado a cabo, declaran intencionalmente lo contrario de lo que quieren en realidad. Sucede por ejemplo, cuando el deudor, a fin de evitar un posterior embargo “vende” o “dona” sus bienes.
- Lícita: lo cual supone que sea no contraria a la moral, la ley o las buenas costumbres; así lo dispone el segundo inciso del artículo 1483, que entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Con lo analizado tenemos, que en cualquier caso en que nos encontremos ante causa ilícita, se entenderá que estamos ante un negocio jurídico nulo, pues como hemos visto la causa lícita constituye un elemento de validez de los actos o negocios jurídicos. Debemos mencionar además que si bien la ley, menciona a la causa lícita como elemento de validez de los actos jurídicos, también dice la ley que no es necesario que se exprese la causa; en este sentido si una de las partes reclamare el cumplimiento de las obligaciones contraídas con causa real y lícita es posible que la contraparte alegue nulidad sosteniendo que hubo causa ilícita, en este caso la prueba de la causa ilícita corresponderá a quien la alegue, aplicando el principio procesal de que quien alega un hecho negado por la contraparte está obligado a probarlo –artículo 169 COGEP-, además de lo que dispone el artículo 1715 del C.C.E, “Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alegue aquellas o ésta.”

1.1.5 Capacidad de las Partes.- Se puede definir a la capacidad en general como aquella aptitud que reconoce la ley a favor de las personas, para hacerles titulares de la facultad para adquirir derechos y obligaciones, así como de poder ejercer tales derechos. En nuestro ordenamiento jurídico entonces la capacidad tiene un significado ambivalente pues implica tanto capacidad adquisitiva o de goce como capacidad de ejercicio para ejercer los derechos adquiridos.



La capacidad adquisitiva es connatural a la calidad de persona y se atribuye a todos los individuos de la especie humana, desde su nacimiento con vida y desde que han sido separados completamente del vientre de su madre (Art. 41y 60 C.C.E.); la capacidad de ejercicio la encontramos definida en el inciso final del artículo 1461, “La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

En especial referencia a los contratos debemos entonces hablar de la capacidad de ejercicio, que como nos dice Rafael Sánchez Medal, *consistiría en la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato*. Citando a Messineo, Sánchez Medal, dice que la capacidad de contratar es una subespecie de la capacidad de obrar o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas. Concluyendo, que carecen de tal aptitud legal los incapaces, esto es las personas con incapacidad natural y legal.

Cabe entonces, expresar quienes son las personas capaces, y para esto tenemos el artículo 1462 de nuestro Código Civil que nos indica, que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces. A la sazón, si la regla general es que todas las personas son capaces debemos verificar quienes constituyen la excepción a la regla, así tenemos el artículo 1463:

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.



Con este artículo, evidenciamos que estas incapacidades corresponden a tres categorías diferentes, las dos primeras incapacidades auténticas y la tercera una prohibición, distinguiendo además en incapacidades absolutas, las de los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender; y las incapacidades relativas referentes a los menores púberes, los interdictos y a las personas jurídicas.

La incapacidad de ejercicio en una o ambas partes, que celebran un contrato es causa de invalidez de este, por cuanto la capacidad de las partes es requisito esencial del mismo, y por tanto da origen a una acción de nulidad.

1.2 LA ESCRITURA PÚBLICA.- GENERALIDADES.-

Desde la antigüedad, existe la necesidad de dar seguridad a los actos que realizamos las personas; antes de la época clásica, la íntima relación entre la religión y el derecho en combinación con la reducida difusión del arte de saber leer y escribir provocó la necesidad de convertir a los actos jurídicos casi en pequeñas obras de teatro, a fin de darles cierta formalidad y asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dichos actos; aunque poco a poco se fue eliminando esta necesidad, se conserva todavía la necesidad de recurrir a la forma que se le da a ciertos actos; ya que esta reporta gran utilidad en la vida jurídica, pues reporta medios probatorios seguros, constituyendo clara muestra de la manifestación de la voluntad celebrada por los contratantes.

1.2.1. Conceptos de Escritura Pública.- Características.-

Según la doctrina clásica, el instrumento público es el otorgado con la intervención de un oficial público y con las formalidades que la ley establece, definición que resulta limitada pues se sostiene que lo que confiera a un instrumento la calidad de público, es su autenticidad, pues a diferencia de los privados prueban per se, la verdad de su otorgamiento, sin necesidad de reconocimiento de la firma que lo suscribe. Esa fe pública que merecen estos



instrumentos deriva de ordinariamente de la intervención de un oficial público, aunque a veces basta con el cumplimiento de ciertas formalidades a las que están sometidos por la ley; todo lo cual les confiere una seguridad y seriedad muy superiores a las que pueden ofrecer los privados. Por ello la ley les atribuye autenticidad, ya entre las partes o con relación a terceros, poseen fuerza ejecutiva, su fecha es considerada cierta y la copia de ellos legalmente extraída tiene el mismo valor que los originales (Llambias, 1975).

Entonces, la escritura pública viene a ser, una “clase especial de instrumento público otorgado por los escribanos en su libro de protocolo, de acuerdo con las normas especiales que la ley establece para ella”, en este sentido cabe también mencionar que la falta de observancia de las formalidades legales acarrearán sanciones, de las cuales la más grave, desde el punto de vista de las partes es la nulidad que procede en aquellos casos en que surgiera claramente de la inobservancia de la ley (Borda, 1980).

El Dr. Gonzalo Gonzáles Galvis también, en su Diccionario de Derecho Notarial y Registral, primera edición 2001, al hablar de la escritura pública menciona, que la escritura es un documento público, que por su especialidad y finalidad probatoria se encuentra rodeado de ciertas exigencias solemnes.

Así mismo, vale señalar las definiciones que de instrumentos públicos encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, primeramente señalaremos el concepto que trae el Código Orgánico General de Procesos, como rector en materia adjetiva procesal y que indica además, siguiendo los preceptos del Código Civil, el valor probatorio de estos instrumentos;

Art. 205(COGEP).- Documento público. Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente, y firmados electrónicamente.

Art. 208 (COGEP).- Alcance probatorio. El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes. Las obligaciones y



descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.

Corresponde también señalar el concepto que de escritura pública trae la ley propia de la materia, que es la Ley Notarial, en el siguiente artículo:

Art. 26- Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.

Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.

Además de la definición que de ella trae nuestro Código Civil en su artículo 1716:

Art. 1716.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

Con estos conceptos, además de tener un mejor entendimiento sobre lo que es y la importancia que tiene una escritura pública, nos corresponde determinar las características que establecen su estructura y mencionaremos, que la escritura pública siempre tendrá un carácter solemne formal, será otorgada ante un oficial público llamado Notario quien está investido de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes; y además que la escritura pública tiene valor probatorio.

Carácter solemne formal.- La escritura pública al ser el documento matriz que contiene los actos y declaraciones de voluntad de las personas, que se otorga ante un oficial público y por estar dotado de valor probatorio y seguridad, tiene por fuerza un carácter siempre solemne y formal, pues para realizarla es necesario el cumplimiento de determinados requisitos determinados en la ley de la materia, partiendo por la verificación por parte del Notario, de la capacidad, libertad y conocimiento con el que actúan las partes. Además de que incluso el Notario es susceptible de responsabilidad incluso penal⁷ por los actos que realice en ejercicio de esta función pública de dar fe de los actos celebrados por los ciudadanos.

⁷ **Artículo 328.- Falsificación y uso de documento falso.-** La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales,



Otorgada ante un oficial público llamado Notario.- El Notario es el funcionario, investido de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documento determinados en las leyes; la escritura pública adquiere el valor que tiene porque la fe pública con la que cuenta este funcionario llamado Notario que la otorga, y se puede conceptualizar esta fe pública como lo hace Edgar Pazmiño, citando a Azpeitia Esteban, diciendo que “la fe pública ni es convicción ni es creencia sino imposición que coactivamente obliga a todos para estimar como autenticidad y verdad oficial lo ella ampara”, con esto podemos decir que la escritura pública, al ser otorgada ante un oficial público revestido de fe pública, y aun más que la autoriza con su sello y firma, adquiere un carácter de auténtica, veraz, y eficaz, de aceptación obligatoria para las partes contratantes y aún respecto de terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha (Pazmiño Pazmiño, 2004).

Valor Probatorio.- La escritura pública, elaborada con determinadas solemnidades y formalidades y revestida como hemos visto de fe pública que le otorga el Notario, tiene un valor y alcance probatorio, reconocido por nuestro código adjetivo COGEP, que en su artículo 208 indica el alcance probatorio de estos instrumentos, separando este alcance según se trate de las partes intervinientes en el acto celebrado, o respecto de terceros. En cuanto a las partes que intervienen en la celebración del instrumento público, este hará prueba en cuanto a la verdad de las declaraciones que hayan hecho en él; así también en cuanto a las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento, este hará prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos a título universal o singular. Respecto de terceros el instrumento público hará prueba en cuanto a su otorgamiento, fecha de su celebración y de las declaraciones que en ella haga el servidor público que los autoriza.

establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años. El uso de estos documentos falsos, será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso.



1.2.2 Requisitos de Existencia y Validez de la Escritura Pública.-

Conforme la definición de documento público que da el COGEP en su artículo 205, que indica que es tal, aquel autorizado con las solemnidades legales, y que cuando este es otorgado ante un notario e incorporado en un protocolo o registro público se llamará escritura pública y la definición que se da de ella en la Ley Notarial, de ser el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo; podemos concluir que son requisitos de existencia de la escritura pública que haya sido otorgada ante un Notario, y ser incorporada al protocolo que los notarios están obligados a llevar. No existirá o no se considerará escritura pública a aquel instrumento que aunque cumpla con los requisitos existencia y validez para ser considerado contrato, no se halle otorgado ante un notario y no conste en un protocolo; este se considerará y valdrá como instrumento privado.

Como sucede con el contrato, la escritura pública de igual manera, luego de existir, para que su existencia sea sana debe cumplir con ciertos requisitos de validez que dan esa existencia sana, requisitos que encontraremos en la ley de la materia, y podemos determinarlos conociendo cuales son las circunstancias por las que una escritura puede ser declarada nula, esto lo encontramos en el capítulo cuarto, que nos habla de las Nulidades y Sanciones desde el artículo 44 de la Ley Notarial; así tenemos:

Art. 44.- La infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

Art. 45.- Las que se hubieren otorgado según el ordinal 7 del Art. 20, no tendrán valor alguno si no se pagan los impuestos respectivos sobre el verdadero valor del acto o contrato. Si en éstos hubieren intervenido o intervinieren extranjeros, serán ellos los que pagarán tales impuestos, además de los daños y perjuicios.

La Dirección General de Rentas y la Contraloría General de la Nación fiscalizarán lo que se hubiese hecho o hiciere contraviniendo la prohibición de este ordinal, y en lo sucesivo pedirán la destitución del notario a la respectiva Corte Superior.



Normas de remisión que nos llevan a analizar el contenido del artículo 20 del mismo cuerpo legal, donde encontraremos las prohibiciones a los Notarios; así en sus numerales tres y cuatro;

3.- Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

4.- Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas;

Prohibiciones que merecen especial trato pues la primera implica el deber que tiene el notario de verificar la capacidad de las partes que intervienen en la celebración del instrumento público y el cumplimiento de los requisitos legales para ello; esto como deber primordial en su trabajo tanto como para salvaguardar la integridad y validez del negocio jurídico contenido en el instrumento, pues la capacidad de las partes ligada también a la voluntad libre de vicio y los demás requisitos legales, como el objeto y la causa lícitos, constituyen elementos esenciales que le dan existencia y validez a los contratos que reposan en los instrumentos que autorizan los notarios. Luego la prohibición del funcionario para autorizar escrituras en que tenga interés o de la que sea beneficiario directo o incluso en que intervengan como parte su cónyuge o parientes; esto para evitar que las escrituras sean realizadas para beneficio del propio notario o sus parientes, garantizando no solo la honestidad y la transparencia en la función del notario sino también la seguridad jurídica, como principio fundamental de nuestro sistema que supone el cumplimiento de las normas, y el mantenimiento del orden público; así como sucede con los jueces quienes tienen la prohibición de conocer y juzgar causas en las que pudieran llegar a tener interés o pudiera manifestarse un conflicto de intereses.

En cuanto a la segunda prohibición de otorgar a sabiendas escrituras simuladas, resulta interesante, preguntarnos cuándo resulta simulada una escritura, pues no se dice que el contrato o negocio jurídico contenido en la escritura sea el simulado sino la misma escritura, y esto podría darse solo en el caso en que el notario no sea tal, no tenga competencia en razón de territorio o una escritura en que no se



indicó el lugar, año, mes o día de su otorgamiento, en definitiva aquella escritura a que le faltare alguno de los requisitos prescritos en el artículo 48 de la Ley Notarial (Andrade Torres, 2018).

Ahora bien, la disposición del artículo 45, nos remite también al artículo 20 *ibídem*, y encontramos:

7.- Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alteración de ellas por cartas o documentos privados.

Este numeral, nos remite a una norma cuyo objetivo es evitar que se otorguen escrituras, que debiendo contener una cuantía por el acto o contrato celebrado no se la hace constar o se estipula que este valor puede ser alterado; esto sobre todo para evitar defraudaciones tributarias a los municipios.

Art. 46.- La omisión de la formalidad establecida en el Art. 25 para los testamentos cerrados será penada con la destitución del notario quien además será responsable de los perjuicios.

(Art. 25.- Los testamentos abiertos que autoricen los notarios formarán parte del protocolo y de las cubiertas de los cerrados se dejará en él una copia firmada por el testador, los testigos y el notario, en el acto mismo del otorgamiento.)

Esto en relación con los artículos 1697 y 1698 del Código Civil, que prescriben al hablar de las nulidades que “es nulo todo acto o contrato a que le falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según se especie y la calidad o estado de las partes” y “...la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

Art. 47.- Es nula la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.

Como ya vimos esto en relación a los requisitos de existencia y validez de la escritura pública, pues el constar en el protocolo es requisito de existencia, pero si la misma consta en otro lugar de donde según el orden lógico y cronológico le correspondía, esta escritura tendrá un vicio cuya consecuencia es la nulidad.



Art. 48.- Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces. La inobservancia de las otras formalidades no anulará las escrituras; pero los notarios podrán ser penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil sucres.

La formalidad relativa a las procuraciones o documentos habilitantes, expresadas en el inciso anterior, quedará cumplida siempre que ellos se agreguen originales al registro del notario, o que se inserten en el texto de la escritura. Respecto de las escrituras otorgadas antes del 24 de diciembre de 1895, podrá subsanarse la omisión protocolizándose dichos documentos o procuraciones.

Norma, que enumera varios supuestos que acarrearán la nulidad de la escritura pública por defecto en la forma, y refieren a la carencia de alguno de los requisitos que le dan existencia y validez a la escritura, como la designación del tiempo y lugar de su celebración, la firma de las partes o de un testigo por ellas, procuraciones o documentos habilitantes –referentes a la capacidad de las partes–, la presencia de testigos y la del notario. Si analizamos además junto con este artículo, el artículo 34 de la misma ley, podremos apreciar de mejor manera el alcance de este artículo, pues el artículo 34 prescribe que “si la escritura original carece de alguno de los requisitos expresados en el artículo 48, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado”; es decir que los requisitos del artículo cuarenta y ocho implican la existencia misma y validez de la escritura pública, pues en caso de faltar alguno de ellos, no se considerará escritura pública sino instrumento privado. Sin dejar de lado el supuesto de la formalidad relativa a las procuraciones o documentos habilitantes, pues el mismo artículo prescribe que la misma puede convalidarse o cumplirse adjuntando los originales al registro del notario.

1.2.3 Contenido Esencial de la Escritura Pública, Artículo 29 de la Ley Notarial.-

La escritura pública como “*documento matriz que contiene los actos y contratos que las personas otorgan ante notario*” (Art.26 LN), para darle un mayor valor,



sobretudo probatorio, a los actos contenidos en ella, constituye un instrumento trascendental en materia civil y por lo mismo tiene su propia ley que regula tanto estos instrumentos como al funcionario que las otorga y las funciones que este desempeña; así tenemos la Ley Notarial, que al definir y regular estos instrumentos, prescribe también el contenido que debe tener una escritura, para que sea considerada como tal; pues como hemos ido viendo la escritura debe cumplir con ciertos requisitos que le den su existencia, y que la misma sea una existencia sana, a través de los requisitos de validez. Así el artículo veinte y nueve de la Ley Notarial, prevé el contenido que toda escritura debe contener;

Art. 29.- La escritura pública deberá redactarse en castellano y comprenderá:

- 1.- El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente;
- 2.- El nombre y apellido del notario autorizante y el del Cantón donde ejerce;
- 3.- El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;
- 4.- Si proceden por si o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;
- 5.- La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignoran el idioma castellano;
- 6.- La fe de conocimiento de los otorgantes de los testigos y del intérprete cuando intervengan;
- 7.- La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos o conocidos o que porten sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de ésta;
- 8.- La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas, a menos que corresponda a denominaciones técnicas (sic);
- 9.- Las circunstancias de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, si el notario lo estimare conveniente o si alguno de los otorgantes lo solicitare, cuyos nombres, apellidos y domicilios deben expresarse en el instrumento;
- 10.- La fe de haberse (sic) leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan; y,
- 11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un sólo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.



Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por éstas la persona que aquellas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.

En los primeros numerales de esta disposición encontramos requisitos de forma que constituyen requisitos de existencia y de validez de la escritura, como la fecha de cuando se otorga la escritura pública, y los nombres tanto del notario, como de las partes que intervienen en la celebración de la escritura; además de las credenciales que acreditan la capacidad de los intervinientes. Solo el numeral ocho refiere al acto o contrato, como “la exposición clara y circunstanciada” del mismo, como parte del contenido de la escritura, lo que evidencia que la escritura pública constituye una entidad independiente del contrato, que puede estar contenido en ella, sin dejar de lado el hecho de que algunos contratos para perfeccionarse requieren de la formalidad sustancial de ser elevados a escritura pública.

De esta manera la ley notarial, además de expresar la definición de escritura pública, sus causales de nulidad, entre otras cosas, regula de manera bastante completa y didáctica el contenido de la misma para evitar que pudiera ser nula o inexistente por omisión de alguno de los requisitos que la escritura debe cumplir para ser tal y que su existencia sea sana.

No podemos dejar de mencionar las partes de un documento público, que según el artículo 206 de nuestro Código Orgánico General de Procesos, son esenciales para la existencia del mismo, siendo estos:

1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario según el caso.
2. La cosa, cantidad o materia de la obligación.
3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos.
4. El lugar y la fecha de otorgamiento.
5. La suscripción de los que intervienen en él. (COGEP, 2016)



CAPITULO II



DE LA NULIDAD DE CONTRATO Y LA NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA

2.1.- NULIDAD DE CONTRATO.-

GENERALIDADES.-

La nulidad ha sido definida como la falta de valor, fuerza o efecto de una cosa por no estar hecha de acuerdo con las leyes; o como una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que se deje sin efecto el acto afectado de nulidad. Autores clásicos como Jorge Llambías (1975), consideran a la nulidad como una “sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico en virtud de una causa existente en el momento de la celebración” (Llambias J, 1975; p.565); es decir la nulidad nace del incumplimiento o inobservancia de la ley y por tanto implica la cesación de los efectos que tendría el acto.

Siguiendo al mismo autor, al identificar los caracteres de la nulidad, diremos que al ser una sanción legal, la nulidad encuentra su fuente en la fuerza imperativa de la ley, lo cual la diferencia de la revocación⁸ o la rescisión⁹ que operan en virtud de la voluntad de los particulares. Además de que el origen legal de la nulidad implica el aniquilamiento de los efectos propios del acto jurídico, es decir de aquellos que las partes quisieron constituir y solo por excepción la propia ley frena este efecto como sucede frente al incapaz, a quien no puede exigirse la restitución de lo gastado en virtud del contrato sino en cuanto se probare, haberse hecho más rica la persona incapaz. Finalmente, la nulidad como sanción actúa en virtud de una causa originaria, existente en el origen del acto, siendo que la nulidad corresponde a un modo de ser vicioso del acto (Llambías, 1975).

Es pertinente también, hacer referencia a nuestro Código Civil que identifica cuando es nulo un acto o contrato, así, en su artículo 1697 expresa que; *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”*. Con esta referencia podemos identificar

⁸ **Revocación.**-Forma especial permitida por la ley para dejar sin efecto actos jurídicos de manera voluntaria y unilateral.

⁹ **Rescisión.**- Modo de extinguir las obligaciones, por voluntad de las partes o a consecuencia de la existencia de algún vicio que acarree nulidad relativa.



claramente que la nulidad viene a ser esa sanción legal impuesta a todo acto o contrato carente de algunos de los requisitos que la ley prescriba para su valor.

2.1.1 Conceptos de Nulidad de contrato.-

El contrato, entendido el mismo como un acto jurídico reflejo de la manifestación de la voluntad de las partes que en el intervienen; puede y es sujeto de nulidad cuando se han infringido presupuestos legales que le dan validez, es decir, como todo acto jurídico debe cumplir determinados requisitos no solo para su existencia, sino para una sana existencia y poder producir los efectos pretendidos con ellos. El contrato será nulo cuando le falte o no cumpla con alguno de los requisitos que el ordenamiento jurídico requiera para el valor del mismo, según su especie y la calidad o estado de las partes. Así, por ejemplo será nulo de nulidad absoluta un contrato celebrado por personas o con una persona absolutamente incapaz, cuando hay objeto o causa ilícitos o cuando se haya omitido alguna solemnidad exigida para el valor de determinado contrato.

La nulidad de contrato puede entenderse entonces, como aquella imperfección que impide al contrato producir los efectos para los que fue celebrado; pues si bien es cierto que los contratos están regidos por el principio de la autonomía de las partes, que supone la posibilidad de pactar sobre cualquier cosa, no se puede dejar de lado que este principio tiene también limitaciones, pues existen los límites dados por la ley y el orden público, que impiden considerar válidos aquellos contratos celebrados con fines ilícitos o que incumplan con los requisitos señalados por la ley para su validez; es decir, la ley sanciona con nulidad todo acto jurídico que este en contraposición con ella o con el orden público. La nulidad entonces, es la sanción legal que la ley prevé para aquellos actos a los que les falta alguno de los requisitos que la ley misma prescribe para el valor de dichos actos, o aquellos que atenten contra el orden público.

Siendo la misma ley la encargada, de señalarnos las causales que vician un contrato y también el tipo de sanción que tal o cual vicio acarrea para el mismo, como son, la nulidad absoluta y a nulidad relativa del contrato viciado; siendo la nulidad absoluta insubsanable y la nulidad relativa susceptible de convalidación. Si bien la ley señala los vicios por los cuales un negocio jurídico



–contrato- puede verse afectado, cabe hacer una distinción entre los vicios que acarrearán nulidad absoluta y los que suponen nulidad relativa, puesto que si se pretende a través de una acción impedir que estos negocios jurídicos viciados llegaren a producir efectos jurídicos, los vicios deben ser alegados; sin embargo aquellos que acarreen nulidad absoluta deben ser reconocidos y declarados de oficio por el juez, es decir aún sin que alguna parte lo haya alegado; mientras que los vicios que impliquen nulidad relativa solo pueden ser alegados por la parte interesada.

El negocio jurídico puede entonces, como un organismo puede nacer al mundo jurídico sano y producir los efectos para los que fue creado; o también ser inexistente, así como ser inviable o incapaz de producir los efectos jurídicos deseados a causa de una nulidad absoluta e incluso tener una existencia constantemente amenazada a causa de una constitución enferma, pero susceptible de ser saneada por convalidación o ratificación de las partes, por nulidad relativa. Es importante entonces, saber reconocer en qué situación se encuentra un negocio jurídico para poder, sanearlo o en su defecto que se declare nulo a fin de evitar que produzca efectos no queridos por las partes o que pudieran alterar el orden público. (Morales, 2011)

2.1.2 Causales de Nulidad del Contrato.-

Como hemos visto, la nulidad de contrato puede entenderse como una sanción legal para los actos a los que les falten alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de los mismos, por lo tanto es en la ley donde podemos encontrar las causales o motivos que generan nulidad; así, podemos estudiar la nulidad de contrato analizando los artículos que sobre el tema trae nuestro Código Civil como rector en esta materia;

“Art. 9 (CC).- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”



En esta disposición encontramos la primera referencia a la nulidad como sanción para los actos, en este caso, prohibidos por la ley, en este sentido en tema de contratos se entendería nulo todo contrato con causa u objeto ilícito o sobre derechos o materias irrenunciables o intransigibles.

Para abordar adecuadamente las causales de nulidad de un contrato debemos partir señalando cuando la ley prescribe que un acto o contrato es nulo, lo cual encontramos en el artículo 1697 del mismo código Civil;

Art. 1697(CC).- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Lo que nos lleva a buscar cuales son los requisitos que la ley prescribe para el valor de los contratos, y debemos entonces remitirnos al siguiente artículo;

Art. 1461(CC).- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

En este artículo encontramos los requisitos que deben cumplir las partes al celebrar un contrato para que el mismo sea válido, y tenemos la capacidad de las partes, el consentimiento libre de vicio y por supuesto el objeto y la causa que deben ser lícitos, elementos que analizamos como requisitos de existencia y validez que todo contrato debe cumplir.

Un contrato, por consiguiente será nulo cuando; a) alguna de las partes o ambas sean incapaces de celebrar un contrato; b) cuando el consentimiento haya sido viciado, sea por el error, la fuerza o el dolo; c) cuando el objeto del contrato



sea ilícito o cuando la causa sea ilícita, esto según su especie y la calidad o estado de las partes.

Además de esto si revisamos el artículo 1698 del Código Civil, debemos señalar que la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, *en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las partes*, también produce nulidad y en este caso absoluta.

La nulidad de un contrato puede darse entonces, en consideración a su especie y la calidad o estado de las partes, así como en consideración a la naturaleza del contrato mismo, es decir, un contrato celebrado entre personas capaces, libre de vicio, con objeto y causa lícitos, puede todavía encontrarse nulo, si en su celebración se omitieron alguno de los requisitos o formalidades que las leyes señalen para su validez, en atención a su la naturaleza del contrato mismo.

Por ejemplo, el contrato de compra-venta, se considera nulo si fuera celebrado entre cónyuges o entre padres e hijos mientras los hijos sean incapaces, esto por disposición legal, y según la naturaleza del contrato, en este caso de compra-venta.

Podemos entonces identificar como lo hiciera el Dr. Luis Parraguez (2012) cinco causales de nulidad absoluta:

a) Incapacidad absoluta de alguna de las partes por alguna de las causales del artículo 1463, esto es, personas dementes, impúberes o sordomudos con imposibilidad de darse a entender por escrito o legua de señas.

b) Ilícitud del objeto del negocio jurídico, como la enajenación de cosas embargadas sin autorización del juez o del acreedor, y los demás casos señalados en los artículos 1478 al 1482 del Código Civil.

c) Ilícitud de la causa, como la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral.



d) La omisión de las solemnidades esenciales para la validez del negocio, como la escritura del contrato de compra venta de bienes raíces, o la presencia de testigos para el testamento.

e) La omisión de un requisito de validez prescrito por la ley en consideración a la naturaleza del negocio.

En los demás casos o cualquier otro tipo de vicio, como prescribe la norma del artículo 1698, produce la nulidad relativa, y da derecho a la rescisión¹⁰ del acto o contrato.

2.1.3 Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa de Contrato.-

Conociendo las causas que pueden provocar la nulidad de un contrato, es conveniente analizar además que tipo de nulidad produce determinada causa, pues la consecuencia de una nulidad será diferente si se trata de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa.

La nulidad absoluta como una sanción legal para la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes exijan para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza del contrato mismo, y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran, supone que para este tipo de nulidad no se considera a las personas que intervienen en el contrato sino se observa al contrato en sí mismo. Además habrá nulidad absoluta ante un objeto o una causa ilícita, y en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces; esto nos lleva a concluir que la nulidad absoluta es tal, por cuanto con esta sanción legal se intenta salvaguardar las leyes, el orden público y a las personas que pueden estar en situación de vulnerabilidad por su incapacidad.

La nulidad absoluta entonces, no puede ser susceptible de convalidación por voluntad de las partes, pues esta nulidad busca sancionar todo acto que atente contra el orden público, la moral, las buenas costumbres, la ley misma, obedece

¹⁰ **Rescisión.-** Modo de extinguir las obligaciones, por voluntad de las partes o a consecuencia de la existencia de algún vicio que acarree nulidad relativa.



a una razón de orden público o interés social, de ello la razón de que pueda pedirla cualquier persona e inclusive el juez deba declararla de oficio si apareciere de manifiesto. Las partes no podrían confirmar un acto viciado de nulidad absoluta pues esta nulidad no busca amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social; por tanto siempre tendrá las mismas consecuencias, dando a las partes el derecho a ser restituidos al mismo estado que tuvieran si no se hubiera celebrado el acto o contrato.

En cuanto a la nulidad relativa, la encontramos al final del artículo 1698 *ibídem*, donde de manera general nos dice que cualquier otro vicio que no sea el objeto o causa ilícitos, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del contrato y no a la calidad o estado de las partes, y los contratos celebrados por personas absolutamente incapaces; produce nulidad relativa. Lo primero que debemos rescatar será entonces que la nulidad relativa estará dada entonces por el estado o calidad en que se encuentren las partes, lo que nos lleva a pensar en los vicios de voluntad a que puede someterse una de las partes, como son el error, la fuerza y el dolo. Esta clase de nulidad puede, por tratarse de causas que implican directamente a las partes, son solo ellas las que pueden alegarla o pedirla, puede subsanarse por ellas o da derecho a la rescisión¹¹ del acto o contrato. La nulidad relativa se ha establecido sólo en interés de las partes y si son ellas las que, no obstante el vicio y su derecho a reclamarla, quienes prefieren mantener la vigencia del acto, no hay inconveniente en que así lo hagan. (Borda, 1980)

Podemos identificar, como lo hace la Dra. Paola Andrade (2018), en su trabajo de titulación, “Nulidad de la Escritura Pública y Nulidad de los Actos y Contratos. Falsedad del Instrumento Público”, citando a Parraguez, las siguientes causales de nulidad relativa;

- a) Actos celebrados por personas relativamente incapaces: menores adultos, interdictos y personas jurídicas (Art.1463, inc. 3C.C.).

¹¹ **Rescisión.**- Modo de extinguir las obligaciones, por voluntad de las partes o a consecuencia de la existencia de algún vicio que acarree nulidad relativa.



- b) Presencia de vicios de voluntad con aptitud anulatoria: error de hecho sobre la sustancia o calidad determinante de la cosa y sobre la persona del otro contratante cuando ella es asimismo determinante para el negocio (Arts.1470 y 1471C.C.), fuerza idónea e ilegítima (Art.1472 ibídem) y dolo de una de las partes (Art.1474).
- c) Lesión enorme en los casos en que la ley concede acción rescisoria: compraventa de inmuebles (Arts. 1828 y 1831C.C.), permuta de inmuebles (Art.1840C.C) y partición (Art.1364).
- d) En general, cuando se ha omitido un requisito de validez prescrito por la ley en consideración al estado y calidad de las partes (Arts. 1697 y 1698 C.C), como el consentimiento que deben dar algunas personas para la validez de ciertos actos. (Andrade Torres, 2018)

Podemos identificar algunos caracteres tanto de la nulidad absoluta como de la nulidad relativa, como lo hiciera Alessandri; señalando que **la nulidad absoluta**, al estar establecida en interés de la moral y de la ley, puede y debe ser declarado aún de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; siendo necesario para esta declaración de oficio, además de que aparezca de manifiesto en el acto o contrato la causal de nulidad, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio que conoce el tribunal. El término aparecer de manifiesto debe ser entendido en su sentido natural y obvio que implica que la causal debe saltar a la vista con solo leer el contrato, es decir que baste leer el acto o contrato, sin relacionarlo con otra pieza ni antecedente del proceso para que sea constatada.

Otra característica de la nulidad absoluta, también proveniente de su establecimiento e interés de la moral y de la ley, puede ser alegada por todo aquel que tenga interés en ella y puede pedirse su declaración por parte del ministerio público, el único que no puede alegar esta nulidad es quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Pudiendo ser alegada por todo el que tenga interés en ella, debe entenderse que pueden pedirla, los que han celebrado el contrato, sus herederos o cesionarios, los acreedores de las partes que deseen hacer volver al



patrimonio de éstos los bienes que salieron en virtud de un acto nulo, etc. bastando justificar un interés pecuniario actual para pedirse esta declaratoria.

La nulidad absoluta no puede ser ratificada o convalidada por las partes, pues es una institución de orden público y las partes no pueden modificar sus efectos, pues ha sido establecida en interés del orden público, la moral y la ley y su renuncia será siempre ineficaz, podrían las partes celebrar un nuevo contrato pero este no constituiría ratificación del contrato nulo, si no sería un contrato enteramente distinto del anterior y sus efectos contarían desde el momento de su celebración.

Finalmente, la nulidad absoluta no se sana sino por el lapso de quince años, esto por ser el máximo tiempo para extinguir derecho, no constituye una prescripción adquisitiva sino extintiva de derechos.

En cuanto a la **nulidad relativa**, podemos señalar los siguientes caracteres, fundados en el precepto de que la nulidad relativa no está establecida en el interés de la moral o la ley, no protege los intereses de la colectividad sino el interés de los particulares, razón por la cual no puede ser declarada de oficio por el juez, sino a petición de parte interesada, no puede pedirse su declaración por parte del ministerio público, sino solo por aquellas personas en cuyo favor la ley la ha establecido, sus herederos o cesionarios. De aquí, otra de sus características elementales, que puede sanearse por ratificación de las partes, pues se trata de un derecho que solo mira al interés de la persona favorecida con ella, por lo que según la propia ley, está permitida la renuncia de derechos que miren al interés particular del renunciante.

Por último, la nulidad relativa también se sana por el transcurso del tiempo, en este caso el tiempo será de cuatro años conforme la regla del artículo 1708 CC que dispone que el plazo para pedir la rescisión dura cuatro años; pues si la nulidad relativa da derecho a la rescisión del contrato, si este derecho no ejercita en el tiempo dispuesto, se entiende convalida o aceptada por las partes la causal de nulidad relativa que afectaría el contrato. (Alessandri, 1976)

Podemos resumir lo dicho en el cuadro siguiente;



	CAUSAS	CARACTERES
NULIDAD ABSOLUTA	Incapacidad absoluta de alguna de las partes. (Art. 1463CC)	Deja sin efecto el contrato celebrado
	Objeto Ilícito (Arts. 1478-1482 CC)	Declarado de oficio por el juez, al aparecer de manifiesto
	Causa Ilícita	Pedida por cualquiera que tenga interés, incluso ministerio público
	Omisión Solemnidades	
	Omisión de requisito de validez en atención a la naturaleza del negocio	No con validable por las partes, ni por el paso del tiempo
NULIDAD RELATIVA	Cualquier otro vicio (que no produzca nulidad absoluta)	Declarada solo a petición de parte
		Derecho a la Rescisión
		Convalidable por las partes o el del tiempo (4 años)

*Tabla 1 Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa
Elaborado por: Yadira Ordóñez en base a Alessandri (1976)*

En este punto es necesario hacer una breve referencia a la rescisión como consecuencia de la nulidad relativa; la rescisión constituye un modo de extinguir las obligaciones, conforme nuestro Código que en el numeral nueve de su artículo 1583, dispone que las obligaciones se extinguen en todo o en parte por la declaración de nulidad y por la rescisión; vale la pena mencionar que estos modos de extinguir no atacan a la obligación en sí misma sino más bien a la fuente de donde emana dicha obligación, es decir de los actos o declaraciones de voluntad -contratos-. Tanto la nulidad como la rescisión son entonces, sanciones legales para la omisión de aquellos requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos, por lo que solo pueden tener aplicación en actos convencionales (Alessandri, 1976).

La rescisión, implica rescindir o dejar sin efecto un acto o contrato, además podemos entenderla como un derecho tal como se lo identifica en el inciso final



del artículo 1698 CCE, que al hablar de la nulidad relativa, indica que cualquier otro vicio –que no produzca nulidad absoluta- produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato; por tanto la rescisión constituye un derecho para las partes intervinientes en un acto o contrato, cuando se ha producido una omisión de requisitos o existencia de vicios en tal acto o contrato, vicios que supongan nulidad relativa y por tanto un derecho que le asiste a la parte afectada que tenga interés en la declaratoria de tal nulidad y por tanto acceso al derecho de rescisión. Se colige además que la rescisión depende tanto de la nulidad relativa del acto como de la voluntad de las partes pues, al emanar de una nulidad convalidable por las partes son estas quienes pueden o no pedir la rescisión o convalidar el acto, además existe un tiempo determinado en el cual pueden ejercer este derecho que es de cuatro años y conforme las reglas del artículo 1708 CCE.

Las partes pueden ratificar el acto que adolece de un vicio que provoque nulidad relativa, de forma expresa o tácita, siendo necesario para la ratificación tácita, cumplir con las solemnidades a que por ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica, mientras que para la ratificación tácita basta la ejecución voluntaria de la obligación contratada.

La rescisión supone entonces dejar sin efecto un contrato evitando que el mismo produzca efectos que pudieren resultar adversos, precautelando no solo el interés particular que pudiera existir, sino también el propio orden público, ya que evita una injusticia generaliza que puede presentarse en la celebración de contratos; pues aunque los mismos basen su existencia en la libertad y voluntariedad de los contratantes, deben guardar además determinados límites que garanticen o protejan un fin más importante, un fin social, como lo es la buena fe y el equilibrio en las prestaciones, pues un contrato será tal, cuando el mismo sea además de libre y voluntario, justo.(Walker Silva 2017). En este sentido la figura de la rescisión, resulta fundamental a la hora de proteger tanto intereses particulares como como la justicia misma; aunque la misma requiera impulso particular, su efecto restablecedor, en caso de producirse saneamiento por alguna de las partes, permite recuperar el equilibrio o la justicia de un contrato, consintiendo que el mismo subsista, y en caso de no existir tal saneamiento o



convalidación lo deja sin efecto, de igual manera, preservando la justicia para los contratantes y el orden social, evitando la producción de efectos injustos que en la sociedad generan inseguridad y desconfianza en las instituciones jurídicas.

2.2 NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Generalidades.-

La nulidad constituye una sanción legal para la omisión de determinadas formalidades o requisitos prescritos por la ley para la validez de determinados actos; la escritura pública constituye un documento público, matriz de los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario, y como instrumento público tanto para su existencia como para su validez, está sometida al cumplimiento de determinados requisitos impuestos por la ley y por tanto también puede ser sometida a la sanción de nulidad en caso de incumplir con los requisitos exigidos por la ley; así el artículo doscientos quince (215) del Código Orgánico General de Procesos -COGEP- prescribe que “los documentos públicos serán declarados nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos”. De lo dicho cabe sostener que la nulidad como sanción legal incumbe a la escritura pública, pues como acto jurídico, el nacimiento de una escritura pública está regulado por normas que deben ser observadas; y así como sucede con los contratos, para tener una existencia adecuada y llegar a producir los efectos jurídicos requeridos por las personas es necesario el cumplimiento de determinados requisitos legales. La inobservancia de alguno de los requisitos exigidos por las leyes para el valor de determinado acto acarreará la nulidad de tal acto.

Es conveniente, en este punto, precisar que la escritura pública constituye el documento matriz que contiene los actos, contratos o negocios jurídicos que las partes otorgan ante notario, es decir es el soporte físico formal de todo negocio jurídico -contrato- que las partes en el intervinientes deciden otorgar ante notario, sea por su propia seguridad, (pues como habíamos visto, el documento tiene gran valor probatorio), o porque la ley exige que así sea para el valor de determinado



contrato; sin embargo, como soporte físico formal o matriz, es independiente del contenido que lleva o del contrato que reposa en ella. Por tanto, al hablar de nulidad de escritura pública, no hablamos de la nulidad del contenido de ella, en esa virtud no podemos utilizar las causales que anulan un contrato para identificar la nulidad de una escritura, será necesario entonces encontrar esas causales en la ley propia de la materia, es decir, en la Ley Notarial. Sin embargo no podemos dejar de lado la norma fundamental en materia civil que es nuestro Código Civil para abordar este tema; así, debemos considerar lo dispuesto por este cuerpo normativo en su artículo 1698, que prescribe que “la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”; con este concepto, podemos sostener que la nulidad producida por la omisión de formalidades o requisitos prescritos por la Ley Notarial, supone la nulidad absoluta de la escritura afectada, sin embargo encontraremos que en la misma ley es posible diferenciar también una nulidad relativa, pues permite convalidarla, y es la producida por la falta de procuraciones o documentos habilitantes.

2.2.1 Conceptos de Nulidad de Escritura Pública.-

La nulidad de escritura pública constituye la sanción legal impuesta a la omisión de alguno de los requisitos o formalidades prescritos por la ley de la materia para la validez de la escritura. En la Ley Notarial -LN- podemos encontrar disposiciones que dan cuenta específica de las nulidades que pueden afectar a una escritura y determinan claramente la infracción de que precepto regulador de la materia notarial es causante de nulidad; con lo que podemos verificar claramente que es la infracción de las normas, lo que acarrea la nulidad.

Como sanción legal, establecida en la ley de la materia, debemos recurrir a la norma para determinar las causales y consecuencias de la nulidad de escritura pública, así podemos referirnos a los artículos 44 y siguientes (44-48) de la Ley Notarial que permiten verificar las causales de nulidad. El artículo cuarenta y cuatro es una norma de remisión que determina además de unas causales de



nulidad, una sanción para el notario pues determina la destitución del funcionario, sin perjuicio de las responsabilidades civiles¹² o penales¹³ que tuvieren lugar; remitiéndonos al artículo veinte del mismo cuerpo, en sus numerales tres y cuatro, podemos encontrar tres causales de nulidad, a saber; el autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; autorizar escrituras en que tenga interés directo el notario o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas.

Analizando estos supuestos, en el primer caso la nulidad es evidente pues el autorizar una escritura de personas incapaces, infringe uno de los deberes del notario determinado en la ley –artículo 27 LN- que es verificar la capacidad de los otorgantes, antes de redactar una escritura, y sin cumplir con los requisitos legales, encaja claramente en la definición de actos nulos y de nulidad absoluta. En el caso de autorizar escrituras públicas en que tenga interés directo el propio notario o sus parientes, también dentro de las prohibiciones para los notarios corresponde además con lo dispuesto en el Código Civil en su artículo 1089 que invalida toda disposición hecha a favor a del notario que autorice el testamento, del empleado que haga las veces de tal o del cónyuge del notario, empleado, ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o empleados del servicio doméstico del mismo; impidiendo al notario ser beneficio de disposición testamentaria, de algún testamento que el autorice, esto en salvaguarda del orden público. Ahora bien, al hablar de la siguiente causal, esto es el autorizar, a sabiendas, escrituras simuladas, compartimos opinión con lo dicho por la Dra. Paola Andrade Torres, en su trabajo de Titulación, *Nulidad de la escritura pública y nulidad de los actos y contratos. Falsedad del instrumento público*, sobre este punto, en que es casi imposible darse un caso de escritura simulada en la práctica pues esto implicaría que el notario que autoriza la escritura no sea tal, no se indique en la escritura el tiempo y lugar en el que fue celebrada o algún requisito de forma de la escritura; no se habla de contrato simulado, sino de la escritura y sería raro el caso de comprobarse una escritura simulada, aún más en

¹² **Responsabilidad civil.**- De carácter reparatoria y por lo general de manera pecuniario.

¹³ **Responsabilidad penal.**- De carácter sancionatoria -reparatoria- privativa de libertad.



la época actual en que se tiene conocimiento de las notarías y notarios autorizados y se tienen formatos a seguir que cumplen con los requisitos al menos de forma que dificultarían la posibilidad de simular una escritura.

Posteriormente encontramos la disposición del artículo 45 de la Ley Notarial, que nos remite al ordinal siete del artículo veinte ibídem, en que se determinan las prohibiciones a los notarios y que en este caso refiere el autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alteración de ella por cartas o documentos privados; en este caso debemos anotar que se trata de una nulidad relativa, pues la misma disposición del artículo 45 determina que estas escrituras no tendrán ningún valor si no se pagan los impuestos respectivos sobre el verdadero valor del acto o contrato. Si en estos actos han intervenido o intervendrán extranjeros serán ellos quienes paguen tales impuestos, además de los daños y perjuicios. Es decir, esta norma estaría dejando a salvo la posibilidad de que el acto o la escritura valgan, sin la determinación de la cuantía del acto, siempre que se paguen los impuestos sobre el valor verdadero del mismo.

Siguiendo con las disposiciones de la Ley Notarial, encontramos el artículo 47 que señala la nulidad de la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía constar, esto como hemos visto por infringir un requisito fundamental para la escritura como lo es el constar en un registro público, el protocolo en este caso, donde corresponda.

En el artículo 48 ibídem, encontramos la nulidad por defecto en la forma que se da cuando la escritura no tiene la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces. Estos requisitos se constituyen en fundamentales tanto para la validez como para la existencia misma de la escritura pues según el artículo 34 de la Ley Notarial, la escritura que careciere de alguno de los requisitos prescritos en el artículo cuarenta y ocho, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado, lo que supone, que la escritura



carente de alguno de estos requisitos de forma, es nula y de ningún valor; salvo para la formalidad referente a las procuraciones o documentos habilitantes, pues de acuerdo a la misma norma del artículo cuarenta y ocho, esta formalidad se puede convalidar, adjuntando los originales al registro del notario o se inserten en el texto de la escritura.

2.2.2 Incumplimiento de requisitos prescritos por la Ley Notarial.-

Además de las nulidades absoluta y relativa a que puede estar sujeta la escritura pública por la omisión de los requisitos señalados por las normas para su existencia y validez ya analizados, podemos hacer mención de otros de los requisitos de la escritura y las consecuencias de su omisión.

Así, podemos señalar el artículo 46 de la Ley Notarial que establece la sanción de destitución para el notario además de ser responsable de los perjuicios, cuando infrinja la disposición del artículo 25 *ibídem* sobre los testamentos cerrados; se prohíbe al notario enterarse de las disposiciones contenidas en el testamento cerrado mientras viva el testador. Pero la infracción de esta disposición no anula la escritura que contiene el testamento o la cubierta del mismo, sino que en esta disposición se sanciona al funcionario y lo hace responsable de los perjuicios.

Además, recordando la definición de documento público que encontramos en el COGEP en su artículo 205, que lo define como “aquel autorizado con las solemnidades legales. -y- Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública” debemos considerar los requisitos básicos de la escritura para ser tal, como lo son: otorgado ante notario; incorporado a un protocolo; y autorizado con las solemnidades legales, en este punto conviene ubicar cuales además de las formalidades analizados en párrafos anteriores, son necesarias para la existencia y validez de la escritura y cuya omisión podría acarrear la nulidad de la escritura.

Revisaremos entonces, el capítulo dos de la Ley Notarial, en que refiere lo específicamente relacionado con las escrituras, en este sentido acudiremos al artículo veinte y nueve, que prescribe que la escritura se redactará en castellano



y todo lo que deberá contener; iremos analizando cada numeral para determinar que omisión podría acarrear nulidad.

Art. 29.- La escritura pública deberá redactarse en castellano y comprenderá:

- 1.- El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente;
- 2.- El nombre y apellido del notario autorizante y el del Cantón donde ejerce;
- 3.- El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;
- 4.- Si proceden por sí o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;
- 5.- La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignoran el idioma castellano;

Agrupamos estos primeros cinco numerales pues se consideran incorporados en los supuestos de los artículos 44 y 48 íbidem, que como vimos su infracción deviene en nulidad de la escritura pública.

6.- La fe de conocimiento de los otorgantes de los testigos y del intérprete cuando intervengan;

7.- La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos o conocidos o que porten sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de ésta;

Los numerales 6 y 7 de esta disposición refieren al conocimiento que debe tener el notario acerca de los otorgantes y comprobación de la identidad de las personas a través de dos testigos si el notario no tiene conocimiento previo de los interesados en el acto; pues en la escritura debe constar la fe del notario de conocer a los otorgantes, testigos y del intérprete cuando intervenga, lo cual supone que la falta de esta fe de conocimiento o la no comprobación mencionada en el numeral siete causaría la nulidad de la escritura, pues esta omisión caería en el supuesto del Código Civil (art.1697), de que la omisión de los requisitos



que la ley prescribe para el valor de ciertos actos, según su especie, acarrea nulidad absoluta de tal acto.

8.- La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas, a menos que corresponda a denominaciones técnicas;

9.- Las circunstancias de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, si el notario lo estimare conveniente o si alguno de los otorgantes lo solicitare, cuyos nombres, apellidos y domicilios deben expresarse en el instrumento;

Estos dos numerales de igual manera los entendemos incorporados en las circunstancias de nulidad ya analizadas, como son las identidades de los testigos y la exposición clara de las circunstancias del acto o contrato.

10.- La fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan; y,

De igual manera que la fe del conocimiento de los otorgantes o en su defecto dos testigos que los conozcan, la fe que debe darse por parte de los notarios, de haberse leído el instrumento a los otorgantes a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan, es fundamental para salvaguardar los intereses de los intervinientes, el orden público y evitar posibles vicios, más aún si alguno de los otorgantes fuere ciego, tanto que en ese caso la misma Ley Notarial impone la obligación de que el instrumento sea leído dos veces; por tanto la omisión de esta fe sería también causal de nulidad absoluta de la escritura.

11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un sólo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.

Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por éstas la persona que aquellas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.

En este numeral, encontramos otra solemnidad necesaria de las escrituras públicas, esto es la suscripción por parte de los otorgantes o del que contraiga la obligación, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un solo acto; es decir, la escritura será nula si la misma no ha sido suscrita por los actores debidos en un solo acto; pues este requisito resulta fundamental, para la misma,



para seguridad de las partes, y de las obligaciones contraídas por ellas, asegurando que la escritura no pudiera ser alterada después, si los interesados en ella, firmaren por separado en momentos distintos.

Hemos analizado entonces, los requisitos que debe cumplir una escritura pública para ser considerada como tal y pueda cumplir su función que es como soporte físico formal de los actos contenidos en ella, dar fe y hacer prueba de ellos. Pues en caso de omitirse alguno de sus requisitos, la escritura dejaría de ser tal o dejaría de tener el valor que se le da en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo, su valor probatorio, al provenir de un oficial investido de fe pública.

	CAUSAS	EFFECTOS
INEXISTENCIA DE ESCRITURA	-Infracción artículo 48 Ley Notarial: defecto en la forma	Valido como instrumento privado, si constan las firmas de las partes
NULIDAD DE ESCRITURA	-Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; -Autorizar escrituras en que tenga interés directo el notario o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; -Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas	Escritura sin efecto y sanciones para el Notario
	-Escritura sin determinación de la cuantía del acto, infracción art.45 LN -Defecto en la forma	Convalidable si se pagan los impuestos sobre el valor real del acto o contrato
	-Infracción arts. 44 y 48 Ley Notarial	Escritura sin efecto, solo convalidable la falta de documentos habilitantes, insertándoles a los protocolo

Tabla 2 Inexistencia y Nulidad de Escritura Pública
Elaborado por: Yadiria Ordóñez en base a Ley Notarial



CAPITULO III



CONTRATOS Y ESCRITURAS DECLARADOS NULOS

3.1. El Contrato declarado Nulo

El negocio jurídico contrato, tratándose de la manifestación de la voluntad de las partes que en el intervienen, está llamado a producir efectos jurídicos mismos que son los requeridos por quienes lo hacen nacer al mundo jurídico. Este acto de voluntades, como cualquier otro acto humano está sujeto a errores, errores que pueden ser simples o sin importancia, o errores que impliquen mayores consecuencias. El contrato como tal está sujeto a posibles vicios que acarreen la nulidad del mismo; nulidad que constituye la sanción legal impuesta para la omisión de requisitos o formalidades establecidas por la ley para la validez de estos actos. Ante un acto viciado, o con defectos es lógico que las partes puedan verse afectadas, razón por la cual requieren evitar que estos actos imperfectos produzcan efectos; buscan entonces a través de una acción que se declare la nulidad del acto, a fin de que con esta declaratoria se evite la producción de efectos adversos o contrarios a sus intereses; pues la nulidad implica que el negocio jurídico nulo deja de producir efectos o da derecho a la rescisión del acto o contrato, volviendo las cosas al estado anterior a la celebración de tal acto.

La nulidad puede ser absoluta o relativa, si fuere absoluta deberá ser reconocida y declarada de oficio por el juez que tenga conocimiento de ella, mientras que la nulidad relativa puede ser convalidada por ratificación de las partes si quisiesen perseverar en el negocio, o será solo la parte interesada en la declaratoria de nulidad del acto quien podrá alegarla. En este sentido es evidente que la consecuencia inmediata de la nulidad es dejar sin efecto los actos viciados, la posibilidad de que las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del acto viciado, volver al estado en que se encontraban las partes antes del acto, el derecho a la restitución e incluso si fuere una de las partes la afectada por el vicio, el derecho de ella de reclamar indemnización, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales que el defecto pudiera generar.

De aquí la importancia de la figura de la nulidad como sanción legal para los actos carentes de alguno de los requisitos o formalidades prescritos por la ley para la validez del mismo, así como un recurso para la parte que pudiera verse afectada por



dicho acto nulo para evitar la producción de efectos jurídicos adversos a sus intereses, la posibilidad de rescindir¹⁴ el contrato o volver al estado anterior en el que se encontraba antes de la celebración de tal acto.

3.1.1 Contrato con Nulidad Absoluta

Como hemos venido analizando los contratos, como actos jurídicos manifestaciones de la voluntad de las personas, pueden nacer al mundo jurídico plenamente válidos y como tal producir los efectos para los que fue constituido; pero también puede llegar al mundo viciados o afectados por causales que le dan una existencia insana amenazándolo de muerte o simplemente enfermo lo que lo hace susceptible de perecer. Con esta analogía ejemplificamos, como un contrato puede adolecer de vicios o defectos que pueden acarrearle la nulidad, ya sea esta relativa o absoluta; siendo que la nulidad absoluta lo amenazaría de muerte pues constituye una sanción que no da lugar a posibles saneamientos o convalidaciones.

En este sentido, un contrato con vicios que acarreen su nulidad absoluta –como el haber sido celebrado por una persona absolutamente incapaz, la ilicitud del objeto o la causa del negocio, entre otras- será prácticamente un muerto en vida. La nulidad absoluta de un contrato implica que el mismo no puede y no debe producir efectos jurídicos, por tanto su existencia no tiene razón de ser, y esto se evidencia más claramente cuando recordamos que la nulidad absoluta se ha constituido en interés de salvaguardar la ley, la moral y en interés de la colectividad.

La nulidad absoluta que afecta a un contrato lo vuelve inejecutable, pues la consecuencia inmediata de la nulidad es la ineficacia del acto, es decir que el acto no produzca efectos jurídicos, detener su cometimiento o deshacer los que hayan podido ya ejecutarse, para que las cosas vuelvan al estado anterior a la realización del acto, como si el acto no se hubiese realizado. Además debemos notar que la nulidad constituye un modo de extinguir las obligaciones, reconocido por el Código Civil como tal, pues como hemos mencionado un acto nulo se vuelve ineficaz por tanto no podría generar obligaciones, en este sentido existiendo un

¹⁴ **Rescindir.**-Acción y efecto de aplicar la figura de la rescisión, para dejar sin efecto un contrato.



contrato –fuente de obligaciones- una vez declarado este nulo, las obligaciones que de él pudieron derivarse quedarán extintas.

Es importante mencionar que, sin embargo de que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto, esta debe ser declarada mediante sentencia ejecutoriada para que pueda evitarse la producción de los efectos que antes de esta declaratoria podrían estar vigentes e incluso pudieron haberse cumplido ciertas obligaciones por las partes que formaron dicho acto, aunque el mismo haya nacido viciado. Por ejemplo; cuando se haya celebrado un contrato con un incapaz, la contraparte pudo haber cumplido con las prestaciones debidas, sin embargo de lo cual llega a conocer la existencia de la incapacidad, pudiendo llegar a perder lo dado en razón de dicho contrato nulo; pues como sostiene la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Proceso N. 98-2008; citando a Von Thur:

““El negocio anulable, produce todos los efectos del negocio válido: la tradición transfiere la propiedad; el contrato origina obligaciones. La posibilidad de que el deudor se libere de su deuda por medio de la impugnación, no modifica el hecho de que, mientras tanto, esté obligado”, es decir, queda abierto el derecho de la parte para impugnarlo, de concurrir los presupuestos legales cuando así la ley lo haya establecido, cuyas causales deben ser contemporáneas al acto o contrato, no las que devienen después de celebrados.” (Proceso Civil 98-2008 (Nulidad Relativa de Escritura Pública), 2012)

Esto por cuanto la nulidad, al constituir una sanción civil para actos de voluntad, que existiendo como tales por reunir los requisitos esenciales para su existencia, carecen de algún requisito para su valor, condena a la ineficacia a tales actos a fin de salvaguardar la autenticidad, claridad y precisión de la voluntad expresada en ellos; sin embargo esta sanción legal permanece latente hasta que sea aplicada por el juez, entretanto el acto se presume válido y como tal produce sus efectos, lo cual podemos evidenciar incluso si consideramos el transcurso del tiempo, pues si no es llevado a tiempo a los tribunales, la acción de nulidad puede llegar a prescribir y por tanto el acto considerarse válido definitivamente. En el caso de la nulidad absoluta, dicha acción prescribirá en quince años, esto conforme la regla



del artículo 1699 de nuestro Código Civil, según la cual “... la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.”(C.C.E)

De estos antecedentes, se considera que a diferencia de un acto inexistente, que es ineficaz *in limine*, el acto nulo tiene siempre, al menos, una eficacia transitoria hasta que esta sea aniquilada por un fallo judicial. Entonces, la sentencia que declara la nulidad de un acto o contrato, no es solo declarativa sino constitutiva, no se limita a enunciar el cumplimiento de requisitos para declarar un acto nulo, sino que echa abajo el acto y su eficacia para el futuro y también hacia el pasado, hasta el tiempo de su celebración. (Ospina Fernandez & Ospina Acosta, 2016)

En este aspecto, podemos mencionar los efectos de dicha declaratoria de nulidad entre las partes, pues las mismas tienen el derecho de volver al estado anterior al acto, es decir, recuperar la situación patrimonial en que se encontraban antes de la realización del acto declarado nulo, y entre éstas partes dichos efectos dependerán de si se cumplieron o no las obligaciones nacidas de esos actos; pues en el caso de que tales obligaciones no se hubieren cumplido, la declaratoria de nulidad sirve como medio de extinción de las obligaciones, eximiendo a las partes del cumplimiento de esas prestaciones, así como evitando que se pueda exigir el cumplimiento de obligaciones por la contraparte. Mientras que en el caso de que se hubieran cumplido total o parcialmente las obligaciones nacidas del acto ahora declarado nulo, cada contratante debe devolver lo que haya recibido en virtud de dicho acto, y para dichas restituciones deberá seguirse las reglas del poseedor vencido en una acción de reivindicación. Otro aspecto que vale mencionar es la regla del Código Civil, según la cual, cuando dos o más personas contraten con tercero, la nulidad declarada a favor de una de esas personas no podrá aprovechar a las otras; esto debe entenderse en el caso en el que una de ellas tenga a su favor una causal de nulidad que las otras partes no tenga. (Coronel Jones & Del Bruto Andrade, 2011)

Un contrato con un vicio que acarree su nulidad absoluta estará entonces en constante amenaza de ser dejado sin efecto, de ser ineficaz, y por tratarse de vicios que traen como consecuencia la nulidad absoluta, esta amenaza podría venir de



cualquier persona, no solo de las partes que intervinieron en el acto sino incluso del ministerio público; estará constantemente amenazado hasta que esta nulidad sea reclamada por cualquier persona y declarada judicialmente, pues con esta declaración el acto será destruido y será considerado ineficaz. Vale la pena, sin embargo mencionar la posibilidad de que dicho acto pudiera llegar a producir efectos y perderse también la posibilidad de volver al estado anterior, por el transcurso del tiempo que prescribe la posibilidad de accionar, en este caso la nulidad.

3.1.2 Contrato con Nulidad Relativa

Para hablar de un contrato con nulidad relativa, debemos recordar cuando puede existir tal nulidad, pues a diferencia de las causales de la nulidad absoluta, no tenemos una enunciación taxativa de las causales que pueden originar la nulidad relativa, sino que nuestro Código, nos indica que todo aquel vicio que pueda tener un contrato y que no sea causal de nulidad absoluta será causal de nulidad relativa. En este contexto, podemos decir que cualquier violación a un requisito legal establecido, que no sea de aquellos que producen nulidad absoluta, generará una nulidad relativa del acto afectado por tal vicio; como lo citan de la doctrina Coronel y Del Bruto en su artículo *Nulidad e Inexistencia de los actos jurídicos en el Derecho Ecuatoriano*, podemos enumerar las siguientes causales de nulidad relativa que se aplican en nuestro ordenamiento jurídico, así tenemos: a) los casos en que la voluntad generadora del acto ha sido viciada; b) los casos de lesión enorme; c) cuando se omiten formalidades exigidas en atención al estado o calidad de las personas que celebran el acto; y d) casos en los que el acto ha sido celebrado por incapaces relativos. (Coronel Jones & Del Bruto Andrade, 2011)

Con lo manifestado, tenemos antecedentes suficientes para tratar un contrato con nulidad relativa, es decir, tendremos un contrato con nulidad relativa, cuando el mismo adolezca de un vicio; ya sea en la voluntad de las partes, o cuando en un contrato de compraventa, permuta, en la partición de bienes o aceptación de una asignación sucesoria y la cláusula penal, exista lesión enorme; cuando se haya omitido alguna formalidad en atención a la calidad o estado de las partes; o cuando haya sido celebrado por personas relativamente incapaces. Otra cosa importante



de destacar de la existencia de nulidad relativa en un contrato es la legitimación para reclamar tal nulidad; pues la nulidad relativa a diferencia de la nulidad absoluta no puede ser alegada por cualquier persona y menos por el ministerio público, puesto que esta nulidad no está para salvaguardar el interés general de la sociedad o la prevalencia del orden público, si no en interés particular y para proteger a la parte que pudiera verse perjudicada por el vicio que afecta al contrato celebrado por ella; lo cual inferimos con certeza de la redacción del artículo 1700 del Código Civil, en su primer inciso que indica:

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el ministerio público en solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes. (Art.1700. CCE)

Otra cuestión fundamental en cuanto a la nulidad relativa, para un contrato afectado por un vicio que le acaree tal sanción, es la posibilidad de las partes afectadas para subsanar el vicio o ratificar el acto. Aunque es conocido que la nulidad como sanción civil para los actos carentes de algún requisito o que nacen al mundo jurídico viciados, que la misma no puede condonarse por las partes con anterioridad o no puede renunciarse a su accionar a la celebración del contrato, la misma puede quedar sin efecto por la ratificación de las partes. Es decir, la parte que tiene el derecho para alegar la nulidad relativa y hacer que se desconozcan los efectos del acto viciado, tiene también el derecho para ratificar tal acto y así enmendarlo y darle plena validez. Esta ratificación del acto puede ser expresa o tácita, será expresa cuando la parte que puede alegar la nulidad relativa, renuncie a su derecho mediante un acto jurídico unilateral que además de los requisitos de existencia y validez de todo acto, deberá cumplir con las solemnidades legales requeridas para el acto que se ratifica; mientras que la ratificación será tácita cuando se cumplan libre y voluntariamente las obligaciones nacidas del contrato, por parte de la persona que podría alegar la nulidad relativa, con el pleno conocimiento del vicio que afecta de nulidad relativa a tal contrato.



Así, sucede por ejemplo, cuando en un contrato de prestación de servicios se cree contratar con determinado abogado, constituyendo la identidad del profesional, razón fundamental para la celebración del contrato, sin embargo se llega a conocer que se trataba de un profesional de nombre idéntico al del que se pensaba contratar; en este caso existiría un vicio en la voluntad del contratante, por error, lo que supone la existencia de nulidad relativa en dicho contrato; en esta posición quien contrató los servicios de dicho profesional, podría pedir se declare la nulidad de dicho contrato y que el mismo se deje sin efecto, sin embargo, podría también este contratista cumplir libre y voluntariamente las obligaciones nacidas de ese contrato y exigir el cumplimiento de su contraparte, y una vez cumplidas se habrá dado una ratificación tácita de dicho contrato, con vicio de nulidad relativa; podría también realizarse otro acto jurídico mediante el cual el contratista declare que en ese momento conoce adecuadamente la identidad del profesional de quien contrata sus servicios, y que si bien el mismo no es quien el suponía, conviene el realizar la prestación del servicio requerido, con un acto similar al original con los requisitos y solemnidades que requiere tal contrato, con lo cual haría la ratificación expresa de dicho contrato viciado, y de igual manera ambas partes tendrían el derecho de reclamar las contraprestaciones convenidas. (Coronel Jones & Del Bruto Andrade, 2011)

Además de la ratificación debemos recordar que la nulidad relativa en general, tiene un plazo de prescripción más corto que es el de cuatro años contados desde que la parte que pudiera alegarla conoció el vicio y no ejercitó la acción de nulidad para intentar su declaratoria y que se deje sin efecto tal acto viciado. (Arts. 1700-1714 C.C.) (Coronel Jones & Del Bruto Andrade, 2011)

Es pertinente también analizar los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato, pues ya sea esta absoluta o relativa, cuando se ha declarado la nulidad el efecto será el mismo en ambos casos, esto es, el que se deje sin efecto dicho acto viciado; entonces, conviene conocer las consecuencias de tal declaratoria pues no basta con decir que la consecuencia lógica es dejar sin efecto un acto viciado sino analizar también lo que implica ese dejar sin efecto, para las partes y para terceros y también cuando ya se han hecho algunas prestaciones por un acto que ahora, declarado nulo debe dejarse sin efecto.



Acogiendo los postulados de Ospina Fernández y Ospina Acosta, ob. cit., debemos recoger el criterio de que las nulidades, aunque aparezcan de manifiesto o se consideren de pleno derecho, necesitan ser declaradas mediante sentencia ejecutoriada, es decir con fuerza de cosa juzgada para conferir el derecho a las personas de ser restituidas al estado anterior a la celebración del acto nulo.

En este sentido, cabe citar parte de la Sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Juicio No. 0232-2011, del 21 de septiembre de 2012, en la que se destaca la necesidad de declarar la existencia de nulidad y los efectos que esta declaratoria tendría:

“RATIO DECIDENDI: 1. Los recurrentes acusan que el Tribunal ad quem aplicó incorrectamente normas de los Arts. Arts. 1697, 1699 y 1704 del Código Civil, porque el contrato privado, es un simple documento que no existe jurídicamente y no procedía declarar ningún tipo de nulidad, y la existencia de obligaciones mutuas.- Para este Tribunal tal pretensión carece de fundamento, pues la nulidad absoluta no se presume, es necesario el pronunciamiento de un juez que declare la nulidad del acto o contrato, de lo contrario el Art. 1699 del Código Civil, no establecería la facultad de los juzgadores de declarar, aún de oficio, la nulidad absoluta.

2. Los actos o contratos que adolecen de algún vicio de nulidad, pueden haber surtido efectos trascendentales, como el de haber pagado un precio o la tradición de la cosa; por tanto, la ley ha previsto que, por efecto de esa declaratoria, las cosas vuelvan al estado anterior al momento en que se realizó el acto o se celebró el contrato nulo, habiendo lugar a las prestaciones mutuas, conforme lo establecido en el Art. 1704 del Código Civil.” (Resolución: 0343-2012-1, 2012)

Cabe entonces analizar los efectos de la declaratoria de nulidad entre las partes, es decir, entre aquellas que intervinieron en la celebración del acto nulo – directamente o en representación de alguien, sus herederos o causahabientes a título universal-, siendo tales efectos, según los autores citados, los siguientes;

“ 1) Que la declaratoria pone fin para el futuro *–ex nunc–* a la eficacia provisoria que pudo tener el acto en el interregno entre su celebración y su anulación. Lo que se entiende de lo contenido en el art. 1583 del CC. –En



nuestro ordenamiento- según el cual “las obligaciones se extinguen en todo o en parte: ... 9) por la declaración de nulidad o por la rescisión”. De modo que si una de las partes pretende exigirle a la otra el cumplimiento del acto anulado, esta, que hasta entonces podía obtener la excepción de nulidad, cuenta ya con otra excepción de mayor peso e indiscutible, la de cosa juzgada, en cuanto se den los requisitos y condiciones de esta figura.

En este aspecto, puede darse el caso en que existiendo un contrato, de prestaciones mutuas, el mismo haya nacido con algún vicio de nulidad, confiriendo a la parte beneficiada con ella, o las dos partes, el derecho de excepcionarse del cumplimiento de las obligaciones nacidas de ese contrato, alegando la existencia de esa nulidad; la contraparte podría demandar el cumplimiento de obligaciones y ahí podría la contraparte alegar la existencia de una causal y por tanto la nulidad del contrato, lo que de llegarse a confirmar evitaría la producción de efectos de dicho acto y daría a las partes el derecho de volver al estado anterior a la contratación. También es posible que primero se demande, la nulidad de tal contrato viciado, para obtener una sentencia, misma que cuando haya causado estado, constituya argumento fundamental y certero para evitar el cumplimiento de alguna obligación nacida de tal contrato, cuando la contraparte reclame el cumplimiento de la misma; como lo sostiene la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en la Resolución 0047-2009, dentro del Juicio 0349-2006;

RATIO DECIDENDI: 3. Si se presentan copias certificadas de un proceso judicial anterior en que conste que identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad de causa, como cuando se ha demandado la nulidad del acto escriturario y de las declaraciones contenidas en él; vale decir, la nulidad de la escritura pública y del contrato que en ella se contiene, apareciendo del proceso actual que los actores, invocando los mismos fundamentos de hecho y derecho han demandado esta vez la rescisión, que es una especie de nulidad relativa, del mismo contrato de compraventa, ha lugar la excepción de cosa juzgada. (Resolución 047-2009, 2009)



2) La declaración de nulidad también tiene entre las partes un efecto retroactivo en cuanto da lugar a la destrucción de los efectos del acto producidos en esa etapa anterior a su anulación judicial. Tal es lo preceptuado, en el inciso primero del art. 1704 –en nuestro Código Civil-, según el cual “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”. Por lo que, si celebrado, por ejemplo, un contrato de compraventa, el vendedor hubiese hecho tradición o entrega de la cosa vendida y el comprador hubiese pagado el precio, al sobrevenir la declaratoria de nulidad de dicho contrato ambas partes tienen derecho para repetir lo así dado o pagado.

No obstante, el propio texto legal introduce una excepción al respecto, en armonía con el art. 1484 –C.C.E.- que establece, a manera de sanción, que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas”. Otra excepción al principio de la retroactividad de la declaración judicial de nulidad es la prevista por el art. 1705C.C.E., en los siguientes términos: “si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz, sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no pueda pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz”. Y el propio texto seguidamente aclara “se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubiesen sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas, o las adquiridas por medio de ellas que no le hubiesen sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas”. Esta segunda excepción se suele explicar como una medida adicional de protección legal a los incapaces, con la salvedad de que tampoco se admite respecto de ellos un enriquecimiento injusto, que se realizaría según el texto, cuando el incapaz, en vez de dilapidar lo recibido del otro contratante, lo ha invertido en cosas que le hubiesen sido necesarias o quisiere retener las innecesarias que aún subsistieron. (...).



En este sentido podemos ejemplificar cuando se ha contratado con un incapaz, sin las formalidades legales y se ha declarado la nulidad de dicho contrato; en este caso la contraparte no podrá reclamar lo pagado o gastado en virtud de tal contrato, a menos que logre comprobar que la persona incapaz se haya hecho más rica en virtud de ese contrato. Como ejemplifica Claro Solar, si se celebra un contrato de compra venta con un incapaz, donde este recibe el precio; declarada la nulidad del contrato, no estará obligado a restituir el precio, salvo el caso de que se hubiera hecho más rico con él, como si con el dinero del precio canceló una deuda que era exigible y que podía haber dado origen a un embargo en su contra; o si con el dinero compró una casa u otra cosa que subsista en su poder y quisiera retenerla; pero si el incapaz dilapidó todo el dinero, no podrá pedir restitución. (Claro Solar, 1979)

3) Las restituciones mutuas a que da lugar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad no se limita a la mera devolución de lo recibido en ejecución del acto anulado, sino que en dichas restituciones se comprenden también otras cosas adicionales, que con fundamento en la equidad, la ley entiende que deben ser pagadas por los obligados a restituir (Art. 1704. 2inc.C.C.E.). Así, tenemos:

a) Cada una de las partes es responsable de la pérdida culposa de las especies que haya recibido; no así de la causada por fuerza mayor o caso fortuito. La pérdida fortuita de la especie que se debe extingue la obligación, aquí la de restituir especies al *solvens*. Por el contrario, si la pérdida es imputable a la culpa del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor (Arts. 1686-1696 C.C.E.).

En este caso supondremos que los contratantes, han perdido lo recibido en virtud del contrato y se ha declarado la nulidad del contrato, lo que supone volver las cosas al estado anterior, es decir restituir lo dado o recibido en virtud de tal contrato, como regla general sabemos que la pérdida fortuita de la cosa extingue las obligaciones, mientras que si la pérdida es por culpa



del deudor, la obligación subsistirá; supongamos entonces, que los contratados obligados a la restitución del objeto lo perdieron, en este caso un vehículo con culpa del contratante, lo que supone que no se podrá restituir o volver al estado anterior del contrato declarado nulo; pero existe una salida y eso es la obligación del deudor de pagar o devolver el precio de la cosa perdida más una indemnización para el acreedor.

Si el obligado a restituir es un poseedor de mala fe, responde de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. Pero, si es un poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos. Esta responsabilidad a cargo del obligado a restituir comprende también la obligación que tiene el comprador de purgar los gravámenes y demás derechos reales constituidos sobre la cosa comprada, en el caso de que el contrato sea rescindido por lesión enorme (Art. 1835 C.C.E.).

b) El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino también los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad. El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda.

c) Todo poseedor vencido, siempre tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias para la conservación de la cosa. Pero solamente el poseedor de buena fe, vencido, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda.” (Ospina Fernandez & Ospina Acosta, 2016)

Ahora bien, analizados los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato entre las partes que intervinieron en él, es conveniente revisar también las consecuencias que dicha declaratoria traería para terceros, pues como encontramos en el artículo 1706 C.C.E. “*la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales*”. Siguiendo a los autores citados –Ospina Fernández y



Ospina Acosta- debemos decir que estos terceros poseedores a que refiere la norma serían quienes por un acto o contrato distinto del anulado y posterior a este, han adquirido la posesión de una cosa que, de no haber sido enajenada por quien la recibió en razón de dicho acto o contrato anulado, sería objeto de la obligación de restituírsela a quien se la dio por el mismo contrato. En este caso, los terceros poseedores derivan su posesión de un título distinto del acto o contrato anulado, ellos no son litisconsortes necesarios en la relación jurídico-procesal en que se ventile la acción de nulidad de este otro acto anteriormente celebrado por su causante, próximo o remoto, obligado a la restitución, porque esta acción es personal y, por ello, solamente puede ser ejercida contra quienes fueron partes en el dicho acto impugnado. Lo cual no significa que quien ejerza la acción personal de nulidad no pueda acumular a esta la acción real autorizada contra los terceros poseedores, sino que tenga que esperarse a que la primera prospere, para luego incoar la segunda en un proceso diferente. Pues esto resultaría contrario al principio de economía procesal, tal es así que la ley permite contar con terceros interesados que pudieran verse afectados por este tipo de acciones que implican el volver las cosas al estado anterior lo cual podría implicar que estos terceros poseedores sean perjudicados por el resultado de este proceso.

En este caso podemos ejemplificarlo con la compraventa de un bien inmueble, terreno o casa, mediante un contrato que luego ha sido declarado nulo; en este caso, supondremos que dicho bien inmueble antes de la declaratoria de nulidad, ha sido vendido a terceros que nada tienen que ver con el primer contrato nulo, ellos entonces serían terceros que podrían verse afectados, con la declaratoria de nulidad pues al tener que volverse las cosas al estado anterior, estos terceros podrían perder el bien adquirido pues dicho bien debe devolverse a los primeros contratantes, sus primeros dueños. Por este motivo, se prevé que en un juicio de nulidad se cuente con estos terceros poseedores que podrían verse afectados con el resultado de tal juicio; Claro Solar nos ejemplifica, visiblemente este asunto de la siguiente manera:

“A vende a B, un inmueble el 1 de enero de 1900; B se lo vende inmediatamente después a C; y cada una de las ventas va seguida de su respectiva tradición; pasan 10 años –en nuestro caso- y A interpone acción



de nulidad de contrato celebrado con B en razón de ilicitud del objeto; la nulidad absoluta se sana en 15 años, y como solo han transcurrido 10, la acción de nulidad está vigente; al mismo tiempo, A entabla acción reivindicatoria contra C, fundado en el artículo 1706 –en nuestro CCE-. El contrato entre A y B se anulará porque la nulidad no ha prescrito, pero no habrá derecho a reivindicar la cosa de C, porque este la adquirió por prescripción ordinaria. Es evidente que C tendrá el derecho de rechazar la acción de reivindicación propuesta en su contra fundado en su posesión. (Claro Solar, 1979)

La acción reivindicatoria que tiene el actor que triunfa en el proceso de nulidad, contra los terceros poseedores se explica por cuanto la declaración de nulidad destruye retroactivamente (*ex tunc*) el acto impugnado, o sea el título mismo del causante de aquellos. De suerte, que quien dio la cosa en ejecución del acto anulado se reputa no haber dejado de ser su dueño, y como quien la recibió no adquirió el dominio sobre ella, tampoco puede traspasarle este derecho real a otro en razón de un acto posterior, por aquello de que nadie puede transferir más derecho del que tiene (*remo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). En conclusión, quien dio la cosa en razón del acto anulado recupera el dominio sobre la cosa, por ello, está legitimado para reivindicarla, y los causahabientes de quien así la recibió son menores poseedores de dicha cosa y, como tales, son sujeto pasivo de esta acción real. (Ospina Fernandez & Ospina Acosta, 2016)

En este sentido cabe citar un fragmento de jurisprudencia de la Ex – Corte Suprema de Justicia, de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, dictada el 14 de enero de 2004; R.O 371 del 6 de Julio de 2004:

“La carencia en el tradente de la facultad para transferir el dominio hace que la tradición no produzca este efecto, pero no acarrea su nulidad, conservando el pleno valor para todo lo relacionado con la posesión y con las prescripciones que basándose en ésta puedan alegarse. “La nulidad de la tradición procede normalmente como consecuencia de que sea aceptada la nulidad del contrato que le sirve como título traslativo de dominio.” De ello se sigue que como en el caso no se ha deducido la nulidad del contrato,



no procedería normalmente la nulidad de la tradición tal como en el caso se ha demandado. (...) Arturo Alessandri, coincide con lo anterior; “Efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa que se entrega; diversas situaciones.-Cuando el tradente es dueño de la cosa que entrega, la tradición es válida; lo que concuerda con el artículo 1781 del Código Civil, que expresamente declara la validez de la venta de la cosa ajena. Pero aquí tres situaciones pueden presentarse; a) el tradente es poseedor regular de la cosa entregada; en este caso, el adquirente, si esta de buena fe, también adquiere la posesión regular de la cosa entregada. Pero esto no significa que la posesión se haya transferido del tradente al adquirente; porque, (...) la posesión no se transfiere ni se transmite. Cuando el tradente no tenía el dominio, la tradición naturalmente, no opera el traspaso de dominio; pero desempeña el papel de justo título y sirve al adquirente para iniciar una posesión regular. (...) El justo título, sumado a la posesión y la buena fe tendrá el adquirente la posesión regular que conduce a la adquisición de la cosa por prescripción ordinaria.”” (Sánchez Zuraty, 2012)

**NULIDAD ABSOLUTA****NULIDAD RELATIVA**

<i>Causales para que se declare</i>	Objeto y causa ilícitos Deficiencia de solemnidades Incapacidad Absoluta	Vicio del consentimiento Lesión enorme Falta de requisitos en consideración a las personas Incapacidad Relativa
<i>Legitimación para solicitarla</i>	El que tenga interés Juez de Oficio Ministerio Público	El beneficiado con la nulidad
<i>Posibilidad de Ratificar por las partes</i>	No	Si
<i>Saneamiento por el paso del tiempo</i>	15 Años	4 Años
<i>Necesidad de Sentencia Judicial</i>	Sí	Sí

Tabla 3 Resumen Comparativo Nulidad Absoluta y Relativa
Tomada de (Coronel Jones & Del Bruto Andrade, 2011)



3.1.3 Escritura Pública Válida Con Contrato Nulo

Todo contrato nace al mundo jurídico con la voluntad de las partes, por eso se lo considera como la manifestación de voluntades encaminada a crear, modificar o extinguir obligaciones; es decir son las partes involucradas en su creación las que con él pretenden hacer nacer, modificar o extinguir obligaciones; entonces es lógico que lo contenido en dicho acto afecte solo a las partes que en él intervienen. Esta aclaración es válida para empezar a tratar a la escritura pública, como el soporte físico material de esas voluntades, pues si bien la escritura pública sirve y es fundamental en la prueba de las obligaciones, no es menos cierto que solo hace fe plena, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, sino que en esta parte solo hace fe contra los declarantes.

De este supuesto, podemos pasar a considerar que si el contrato tiene sus propios requisitos de existencia y validez, de igual manera los tiene la escritura, por lo que es viable que, tanto el contrato como la escritura pública pueden ser declarados nulos independientemente el uno del otro, es decir que el contrato puede ser declarado nulo por omisión o falta de alguno de sus requisitos de validez, pero la escritura puede aún verse plenamente válida pues la misma cumple con los requisitos de validez prescritos para ella.

Entonces, un contrato puede ser declarado nulo, declaratoria que como hemos visto acarrea el que se deje sin efecto, dicho acto o pierda toda eficacia, pues no se podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en él. Si el contrato declarado nulo, se vuelve ineficaz y la nulidad es un modo de extinguir obligaciones, es claro que no se podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que él contenía; sin embargo, cabe analizar qué sucedería con la escritura pública que contiene dicho contrato nulo; por definición conocemos que la escritura constituye el documento matriz que contiene las expresiones de voluntad de las personas que otorgan dichos actos, contrato o negocios ante un notario, quien al estar investido de fe pública da fe de la celebración de tal acto y como documento matriz otorgado ante un funcionario público el mismo adquiere especial valor, sobretodo en cuanto a su alcance probatorio se refiere, pues el instrumento público



hace fe aún contra terceros de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en él, haga el funcionario público que lo autoriza. Sin embargo, no es menos cierto que el instrumento público no hace fe contra terceros de las declaraciones que en el instrumento hayan hecho los interesados, es decir del contenido mismo de la declaración de voluntades o contrato que contiene dicha escritura; entonces el contenido del contrato, que se encuentra en un instrumento público -escritura-, hace fe solo contra las o los declarantes, de las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos a título universal o singular. (Art. 208 COGEP)

Si el instrumento público -escritura- es plenamente válido, se entenderá que el mismo puede servir de prueba, aún contra terceros de su otorgamiento, fecha y declaraciones que él haga el funcionario público que lo autoriza, hasta ese punto no hay inconveniente ni aún entre las partes, ahora entre las partes hará ese mismo instrumento válido prueba de las declaraciones contenidas en él; sin embargo si las declaraciones contenidas en dicho instrumento válido constituyen un contrato declarado nulo, aunque el instrumento sirva de prueba de su otorgamiento, las obligaciones contenidas en él no podrán ser exigidas, pues las mismas estarían extintas por la declaratoria de nulidad.

El instrumento público entonces, permanece inmutable y de pleno valor, para probar que efectivamente fue otorgado, quienes intervinieron en su formación, de las declaraciones que en haya hecho el funcionario público, e incluso de las declaraciones que en el hayan hecho las partes interesadas, sin embargo el contrato como tal, la manifestación de la voluntad contenida en dicho instrumento válido no tendrá ningún valor. En caso de pedirse, por parte de quien tenga legitimación para ello, la declaratoria de nulidad de un contrato contenido en un instrumento público, ese instrumento se vuelve fundamental como prueba, pues como hemos visto el instrumento, mientras cumpla con los requisitos establecidos para ser tal y ser válido, seguirá siendo válido aunque las expresiones contenidas en él, o el contrato sea declarado nulo. Pues la declaratoria de la nulidad de un contrato, acarea como efecto inmediato la ineficacia del mismo, o la extinción de las obligaciones que el mismo contenga.



De aquí la importancia de saber diferenciar entre el contrato como manifestación de la voluntad de las partes que en él intervienen y de la escritura pública como documento matriz que contiene tal manifestación, y de los requisitos que tienen tanto el contrato como la escritura para su existencia y plena validez.

A este respecto, cabe citar un extracto de la Sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Juicio No. 355-2011, del 15 de octubre de 2012; en la que se hace notar de manera reiterada, recogiendo criterio previo de la Ex Corte Suprema de Justicia, la diferencia que existe entre la nulidad de una escritura pública como documento, otorgado ante un notario con las solemnidades que debe cumplir; y la nulidad de un contrato como declaración de la voluntad contenido en dicho instrumento; así como de la Sentencia, también, de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Juicio No. 0221-2012 del 7 de Noviembre de 2014:

RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión) La nulidad de escritura pública se refiere a la nulidad del documento propiamente dicho, en cuanto a las solemnidades legales que se deben cumplir cuando es celebrado ante notario; mientras que la nulidad del acto o contrato se refiere al contenido del instrumento y cuando no se lo ha otorgado con las solemnidades legales o han existido vicios del consentimiento (Sentencia, 2012).

RATIO DECIDENDI Nuestra jurisprudencia ha aclarado la distinción entre la nulidad de contrato y la nulidad de escritura pública ya que en el primer caso se refiere a la nulidad del acto o contrato en cuanto a la legalidad del negocio jurídico por vicio de fondo relativos a la capacidad, objeto y causa lícitas y la formalidad instrumental que debe contener. En el segundo caso se refiere a vicios de forma en la estructuración del instrumento público contentivo del acto o contrato.” (Resolución 0211-2013, 2014)

3.2 Escritura Pública Nula

Como instrumento público la escritura constituye, ese soporte formal para toda declaración de voluntades, o negocio jurídico que realicen las personas, siendo por tanto fundamental a la hora de probar o reclamar obligaciones contenidas en dicho instrumentos. Como todo acto, el elaborar una escritura pública requiere cumplir algunos requisitos tanto de existencia como de validez para que la misma pueda ser considerada como tal y pueda así mismo cumplir con los objetivos para los que fue creada, como lo



es, el dar validez a ciertos actos como la compraventa de inmuebles, el dar fe de la celebración de tales actos y por supuesto servir como prueba.

Existiendo requisitos que cumplir y normas que regulan su cumplimiento, es natural que el incumplimiento de tales requisitos acarree consecuencias, y como sabemos la consecuencia inmediata del incumplimiento de alguno de los requisitos que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a su especie y estado o calidad de las partes, es la nulidad. Nulidad que implica privar a tal acto de todo efecto, que en estado adecuado tuviera, desconocer sus efectos, incluso retrotrayendo este efecto al momento de la celebración del acto.

3.2.1 Escritura Pública Declarada Nula.

Como todo acto nulo, se entiende que previo a la declaratoria de nulidad, el mismo existió y por tanto sus efectos se respetaron hasta que se da la efectiva declaración de nulidad; una vez declarada la nulidad al acto se le privará de todo efecto. En el caso de la escritura pública, al ser el documento matriz que contiene los actos, declaraciones o negocios que las personas otorgan ante Notario, quien los autoriza e incorpora a su protocolo; al ser declarada nula se dejará sin efecto la misma y deberá volverse a las partes y el contenido de tal instrumento al estado anterior a su celebración. Pues la nulidad es una sanción legal establecida para los actos que incumplen con los requisitos que la ley establece para su validez y el efecto inmediato de ella es desconocer los efectos que tal acto pudiera tener en el mundo jurídico, dejará entonces la escritura de tener valor y por tanto su contenido también dejará de tener valor, puesto que si el continente es inválido su contenido también se verá afectado. Declarar una escritura pública nula supone negar el valor de la misma por tanto en base a ella no podrá probarse ni negarse nada, salvo su propia existencia, pues para que algo sea declarado nulo, debe primero considerarse y saberse existente, aunque dicha existencia sea de forma inapropiada por lo que no pueda dar frutos.

En este sentido, tenemos un fragmento de la Resolución 0085-2009, dentro del Juicio N. 0104-2009, de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia:



“En el presente caso, el vicio alegado por la segunda casacionista no encaja en ninguno de estos elementos, pues lo que se demandó y declaró nula en sentencia es la tercera copia de escritura pública otorgada en la Notaría Primera del cantón Manta el 2 de agosto del 2004, inscrita en el Registro Mercantil de ese cantón el 14 de enero del 2005, en la que aparecen como compradores, a más de R A Alcívar A, C D de la C C y su hija menor E S Alcívar de la C, manteniendo plena vigencia y valor el contrato original cuya matriz reposa en dicha Notaria, en el cual solamente figura como comprador R A A A, ya fallecido, por lo que en nada se afectan los derechos de los herederos presuntos o desconocidos de esa persona, ya que el bien adquirido no se excluye del patrimonio del causante por efecto de la sentencia recurrida.-” (Resolución 0085-2009, 2009)

Sin embargo, debe considerarse el caso de la nulidad por defectos en la forma de las escrituras, es decir la nulidad acaecida por falta de alguno de los requisitos del artículo 48 de la Ley Notarial, pues en este caso, si estuviere firmada por las partes, la misma valdrá como instrumento privado (Art. 34, *ibídem*), lo que supone que si las partes consintieran en ello, pueden ejecutar las obligaciones contenidas en el mismo, pero que no impide que alguna de ellas pueda pedir la nulidad del instrumento, además de que siempre para probar la existencia de obligaciones será mejor contar con un instrumento público; pues de acuerdo a nuestro Código Civil, el contenido de un instrumento público hace plena fe de su contenido, obligaciones y descargos entre los declarantes y del hecho de haberse otorgado y la fecha de su celebración incluso ante terceros (Art. 1717 C.C.E.).

Otro aspecto fundamental de la declaratoria de nulidad de un instrumento público, es la necesidad de contar en el proceso con el funcionario público que otorgó tal instrumento, puesto que al ser el funcionario responsable de dar fe pública de determinado acto, tal función viene aparejada a responsabilidades que lo hacen sujeto de posibles sanciones en caso de haber incumplido sus deberes, y en caso de que ese incumplimiento genere en un instrumento que adolece de vicios que provoquen su nulidad, su responsabilidad, según el caso, será civil, penal o ambas además de otras sanciones como la destitución o multas a que está sujeto además de las reparaciones que traen las mencionadas responsabilidades civiles y penales,



con las partes afectadas y con la sociedad. Así, para todo proceso en que se demande la declaratoria de nulidad de un instrumento –escritura pública- deberá contarse con el funcionario que la otorgó -Notario-, puesto además, que al tratarse de un proceso que puede acarrearle responsabilidades y sanciones es justo que el funcionario ejerza su derecho a la defensa, y pueda protegerse de lo que se le impute.

Es factible en este sentido, citar la sentencia del 17 de diciembre de 2002, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, que nos recuerda la Dra. Andrade, sobre la necesidad de contar con el Notario en caso de demandar la nulidad de una escritura;

“CUARTO: Es indudable, por lo ya señalado, que para que prospere una demanda necesariamente debe contarse con legítimo contradictor, o sea contra quien esté legitimado para comparecer en el juicio. Tratándose de una demanda de nulidad de una escritura pública son legítimos contradictores todos quienes figuran como partes del contrato, pero además el Notario que autorizó esa escritura, porque de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Notarial si se declara la nulidad de la escritura puede inclusive disponerse paralelamente, la destitución del Notario sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, pues la sentencia contiene un juicio de valor sobre su actuación y el cumplimiento de sus obligaciones como Notario en salvaguarda de la validez del instrumento que está autorizando... Este criterio ha sido mantenido por esta Sala en varias sentencias, entre los cuales constan, entre las más recientes, las resoluciones 158-2001, 180- 2001 y 280-2001, publicadas en los registros oficiales 353,361 y 420 de 22 de junio, 4 de julio y 26 de septiembre de 2001, respectivamente, por lo que se ha producido triple reiteración que constituye precedente obligatorio, de acuerdo a lo que dispone el artículo 19 de la Ley de Casación.” (Andrade, 2018 pg.31)

Es indiscutible entonces, que para que prospere una acción de nulidad de escritura pública es necesario contar con todos los legitimados en el proceso, y estos serían quienes figuren como partes en el contrato y el Notario que autorizó tal escritura, por las implicaciones que el funcionario pueda tener, a fin de garantizar sus derechos y la vigencia del debido proceso; pues caso contrario podría impedirse que el caso obtenga sentencia de fondo o de mérito, pues lo que procede en estos casos es que se declare sentencia inhibitoria, por falta de legitimación en la causa;



además si se demanda al Notario se debe cuidar de cumplir con la citación, para evitar que el proceso sea declarado nulo, por la falta de citación a todos los legítimos contradictores, que constituye una solemnidad sustancial de todo proceso, como lo contempla el numeral 4 del artículo 107 de nuestra norma procesal -COGEP-; y que como sabemos toda omisión de formalidades acarrea nulidad, del proceso.

Para reforzar lo dicho podemos citar un extracto de las Resoluciones 0387-2012, dentro del Juicio No. 2010-0508, y la 0078-2012, dentro del Juicio No. 2009-0858 de la Sala de lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; en la que primero se hace referencia a la necesidad de contar con todos los legitimados en el proceso, y la segunda sobre la necesidad de citar a todos los demandados como solemnidad sustancial del proceso:

RATIO DECIDENDI: Si dentro del proceso llegare a faltar el actor o el demandado, de legitimación ad causam, el juzgador deberá resolver con carácter inhibitorio, sin pronunciarse acerca del derecho material o sustancial. (Resolución 0387-2012 , 2012)

RATIO DECIDENDI: Necesariamente se debe citar con la demanda a la parte contraria, a fin de que se efectivice el debido proceso.” (Resolución 0078-2012, 2012)

3.2.2 Contrato Válido contenido en Escritura Pública Nula

Con la escritura pública declarada nula y desconocidos todos los efectos que esta pudiera tener, cabe preguntar lo que sucedería con los actos o contratos contenidos en ella; ¿al ser dos cosas diferentes pudieran subsistir acaso la una sin la otra, bastará el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente por las partes para convalidar también la escritura que las contiene?

De igual manera que con los contratos, la nulidad que puede afectar a una escritura puede ser tanto absoluta como relativa, con la posibilidad que supone la nulidad relativa de ser convalidada o subsanada; y de la misma manera, una vez declarada nula una escritura pública, la misma dejará de tener valor, no generará



efecto alguno en el mundo jurídico, y las partes que intervinieron en su creación y los actos que fueron celebrados a través de ella deberán regresar al estado anterior a su celebración, pues tales son los que acarrea la declaratoria de nulidad y estos no pueden cambiar. Pero tratamos ahora, de abordar lo que sucede con el contrato o las voluntades expresadas por las partes que solemnizaron sus actos a través de este instrumento llamado escritura pública, y en este sentido si recordamos que si un contrato es declarado nulo, la escritura que lo contiene subsiste mientras esté celebrada de acuerdo a los requisitos que para ello requiere la ley, podemos pensar que lo mismo ocurriría en el caso de que una escritura sea declarada nula. Empero, si revisamos las causales de nulidad de un instrumento o escritura pública, podremos advertir que tales causales no pueden permitir la vigencia del contrato contenido en ella; pues aquello implicaría incluso atentar contra el orden público y la ley.

A modo de ejemplo, podemos mencionar las causales de nulidad absoluta contenidas en el artículo 44 LN, que son autorizar escrituras de incapaces sin los requisitos legales, autorizar escrituras en que tengan interés directo los notarios o sus dependientes, escrituras simuladas; etc. en estos casos es evidente que tales escrituras una vez declaradas nulas, además de ellas quedar sin efecto, el contrato contenido en ellas también debe dejarse sin efecto. Esto será más evidente si consideramos contratos como el de compraventa de inmuebles, para el cual el mismo hecho de elevar el contrato a escritura pública constituye requisito de validez, es decir al declararse la nulidad de la escritura que lo contiene, también el contrato contenido en dicha escritura dejará de tener efecto. Con todo, cabe recordar que en el caso de la nulidad de escritura provocada por defecto en la forma, pero con la constancia de la firma de las partes, valdrá como instrumento privado.

En este punto, conseguimos aclarar y responder la pregunta, de si es posible que un contrato y una escritura pública subsistan por separado; sabemos que una escritura pública, puede subsistir, aun cuando el contrato haya sido declarado nulo, y ahora podemos afirmar que un contrato no podrá subsistir si la escritura que lo contiene es declarada nula de nulidad absoluta, sin embargo en el caso de que la nulidad sea provocada por defectos en la forma, puede subsistir el contrato pues



valdrá como instrumento privado. En este sentido, podemos suponer que tenemos un contrato de compraventa de un bien inmueble, celebrado con escritura pública; sin embargo el mismo es declarado nulo, por un vicio en el consentimiento del comprador, es decir el contrato ha sido declarado nulo; lo que implica que el mismo dejará de producir efectos a futuro y deberá volverse al estado anterior a la contratación, la situación de los contratantes, es decir, que si hubo alguna contraprestación, la misma deberá devolverse y restituirse a las partes a la misma situación en que se encontraban antes de la celebración de tal contrato. Sin embargo, por tratarse de un vicio del consentimiento, este pudo causar otros efectos en el contratante afectado, por ejemplo si se trató de vicio por fuerza, podría tener alguna consecuencia psicológica digna de reparación, lo que podría reclamarse en otro proceso; para dicho proceso, la escritura podría tener pleno valor como prueba, pues la misma continúa siendo válida y hará plana prueba de su celebración, es decir de que efectivamente existió un contrato, aunque el mismo, por un vicio haya sido declarado nulo.

En caso de que sea una escritura pública, que contiene un contrato también diremos que de compraventa de un bien inmueble o de donación y la misma ha sido declarada nula, no podrá reclamarse el cumplimiento de obligaciones contenidas en dicho contrato pues la escritura que lo contiene no tiene ningún valor, la misma no hará prueba ni de su celebración, mucho menos de las expresiones contenidas en ella, para poder reclamar el cumplimiento de obligaciones; más aún, si recordamos que este tipo de contratos, como el de donación o compraventa de bienes inmuebles debe celebrarse con escritura pública, faltará para la validez de los mismos un requisito fundamental, pues se no se habrá cumplido con el requisito legal de celebrarse con escritura, ya que la misma ha sido declarada nula, lo que le quita todo valor.

Así, tenemos algunas sentencias de la Corte Nacional de Justicia, que se asemejan a estos postulados;

RATIO DECIDENDI Nuestra jurisprudencia ha aclarado la distinción entre la nulidad de contrato y la nulidad de escritura pública ya que en el primer caso se refiere a la nulidad del acto o contrato en cuanto a la legalidad del negocio jurídico por vicio de fondo relativos a la capacidad,



objeto y causa lícitas y la formalidad instrumental que debe contener. En el segundo caso se refiere a vicios de forma en la estructuración del instrumento público contentivo del acto o contrato.” (Resolución 0211-2013, 2014)

EXTRACTO DE SENTENCIA 0220-2014: El contrato de compraventa para que sea considerado válido tiene ciertos requisitos esenciales que son: el consentimiento, la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita. Para demandar la nulidad de un contrato es indispensable que se solicite que se declare la nulidad del acto o contrato de acuerdo al vicio que se alega, y como consecuencia de esta nulidad se declare rescindido el contrato. (...). En cuanto a la Nulidad de escritura, Los instrumentos notariales tienen un doble carácter jurídico por su forma documental y porque en estos instrumentos se hace constar las relaciones de derecho privado, es decir dan testimonio de hechos u actos ocurridos. Las escrituras públicas gozan de legitimidad ya que es originado por un notario público, el cual se encuentra investido del poder de dar fe pública, y la invalidez de estos instrumentos notariales deben referirse a las actuaciones notariales y los propios requisitos de cada instrumento. Todo esto garantiza el valor jurídico de la seguridad, por lo tanto todo instrumento público goza de legitimidad mientras que el documento que contiene no sea reargüido de falso y declarado como tal judicialmente.

Y es lógico y consecuente que si un contrato de compraventa es declarado nulo, por falta de consentimiento, la escritura pública que contiene este contrato será inexistente también, no puede esta última sobrevivir sin la primera. Claro, la escritura pública siempre será un requisito para la compra venta de bienes raíces, pero si el contrato es declarado nulo por falta de consentimiento ipso jure queda sin efecto la escritura. (Resolución 0220-2014, 2014)

RATIO DECIDENDI: Si se declara sin lugar la acción de nulidad de título escriturario y a la vez se acepta la acción reivindicatoria, esto no significa procedencia de la causal quinta, pues aquellas tienen sus propios presupuestos; y, la causal quinta analiza que la resolución cuestionada cumpla con los requisitos esenciales que toda resolución debe contener, entre ellos la motivación, y además guarde entre sus propios enunciados resolutivos, como acto jurídico procesal escrito, represente una unidad lógico jurídica coherente, inteligible e integrada, antes que aquella responda a la aplicación fidedigna del texto de la norma jurídica, pues para ello la ley ha previsto cuatro causales más. 2. Si se demanda nulidad de contrato de compraventa y en sentencia se resuelve sobre la nulidad del título escriturario, procede la causal cuarta, pues se ha resuelto algo que no fue materia del litigio, dejando a la vez que se ha dejado de resolver sobre lo que sí fue materia del litigio. (Resolución 047-2009, 2009)



CONCLUSIONES

- El contrato y la escritura pública constituyen figuras fundamentales en las relaciones de las personas y el mundo jurídico; en especial al momento de contraer, crear, extinguir o modificar obligaciones, pues constituyen expresión, prueba y formalidad de la voluntad de los contratantes. Tanto el contrato como la escritura resultan entonces, de elemental conocimiento y tratamiento en materia civil en el campo del derecho privado, siendo necesario el conocer y reconocer sus elementos, características y diferencias, pues solo de esa manera se puede darles el adecuado tratamiento que se merecen como objetos distintos pero interconectados, que aunque puedan subsistir uno sin el otro, su complementariedad resulta trascendental.
- La escritura pública constituye, además de documento matriz en el que descansan los actos, negocios y declaraciones de las personas, el soporte físico formal de un contrato; por tanto, el contrato así como la escritura tienen algunos requisitos que cumplir tanto para su existencia como para su validez. Requisitos, que les conceden, cuando son cumplidos a cabalidad, una existencia sana, que como tal les permite una validez que genera efectos en el mundo jurídico y que constituyen lo pretendido por las partes que efectivamente acontezca, y motivo por el cual decidieron expresar su voluntad a través de tal contrato que elevaron a escritura pública. Ahí, la razón de ser tanto del contrato como de la escritura, el cumplimiento de las voluntades manifestadas, el nacimiento, modificación o extinción de obligaciones.
- Tanto el contrato como la escritura pública están sujetos a vicios que pueden afectar su validez y degenerar en la nulidad ellos, pues la nulidad constituye una sanción civil para los actos carentes de aquellos requisitos que la ley exige para su validez. La nulidad puede ser absoluta o relativa, según se considere a la naturaleza de los actos o a la calidad o estado de las partes que en ellos intervengan. Los vicios que generan nulidad absoluta, importan al interés general, la ley y orden público, mientras que para la nulidad relativa importan aquellos vicios que afecten directamente a las partes. Sin embargo, las diferencias entre nulidad absoluta y relativa en un contrato importan en la medida en que identifican al legitimado para accionar la una o la otra, y el tiempo o plazo en el que se sanean. Si bien la nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en ella, no es menos cierto



que está impedido de alegarla aquel que contrató conociendo o debiendo conocer el vicio que anulaba el contrato; mientras que para la nulidad relativa, podrá alegarla solo la parte a la que la ley beneficia con ella, o la que sufrió el vicio. (Andrade Torres, 2018). Esto es así, pues los efectos de la nulidad sea esta relativa o absoluta, al ser declarada judicialmente, son los mismos, el dejar sin efecto el acto o contrato afectado de nulidad y que las cosas vuelvan al estado anterior en que se encontraban antes de la celebración de tal acto.

- La declaratoria judicial de nulidad de un acto viciado, da derecho a las partes a la restitución, pues una vez declarada la nulidad, las cosas deben regresar al estado en que se encontrarían si no se hubiera celebrado el acto nulo. En este sentido, un contrato declarado nulo quedará sin efecto y dará lugar a las restituciones mutuas a que tengan derecho las partes o sus causahabientes, pero la escritura que lo contiene, si la misma ha sido celebrada adecuadamente, conservará su valor como instrumento probatorio. Mientras que, una sentencia que declare la nulidad de una escritura pública, dejará sin efecto el valor probatorio y además el contenido de la misma, es decir el contrato que ella lleve, pues no cabe que un contrato contenido en una escritura pública nula de nulidad absoluta pueda surtir efectos, sino que deberá celebrarse un nuevo contrato, en una nueva escritura, para que los efectos queridos puedan ser ejecutados de forma adecuada, por supuesto que tales efectos serán con posterioridad a la celebración del nuevo instrumento válido.
- No obstante, de que en caso de que la nulidad de la escritura sea causada por defectos en la forma y consten las firmas de las partes, tal acto sirva como instrumento privado; lo cual supone que las partes puedan darle validez ejecutando las acciones que el instrumento *privado* contiene. En el campo de las obligaciones y en la práctica común esto resultaría de poca utilidad, serviría únicamente para obligaciones de menor valor y que no impliquen bienes inmuebles, ya que como sabemos, los actos que incluyan bienes inmuebles deberán, como requisito de validez, ser elevados a escritura pública.
- La declaratoria de nulidad será siempre accionada por quien tenga interés en ella, y esto implica dejar de lado la posibilidad de convalidación o ratificación; y para poder accionarla es necesario conocer las causales de nulidad sea del contrato o de la escritura que lo contiene, las implicaciones en caso de obtener la declaratoria de nulidad, y contar con todos los legitimados para tal acción.



ANEXOS

En el siguiente enlace se encuentran los anexos, formados por las sentencias siguientes, que sustentan y comparten lo expuesto en el presente trabajo;

- Resolución N. 0343-2012-1. De la Corte Nacional de Justicia
- Resolución N.047-2009 De la Corte Nacional de Justicia.
- Sentencia dentro del Juicio No. 355-2011, de la Corte Nacional de Justicia.
- Resolución N. 0211-2013 De la Corte Nacional de Justicia.
- Resolución N. 0085-2009 De la Corte Nacional de Justicia.
- Resolución N. 0078-2012 De la Corte Nacional de Justicia
- Resolución N. 0387-2012 De la Corte Nacional de Justicia
- Resolución N. 0220-2014 De la Corte Nacional de Justicia.
- Proceso Civil N. 98-2008 De la Corte Nacional de Justicia.

https://1drv.ms/u/s!AtilWRz_te2O5xtUggwZk7cMwcg3?e=pfPeOt



REFERENCIAS

Libros consultados

- Alessandri, Arturo (1976). *Derecho Civil de los Contratos*. Santiago: Zamorano y Caperan.
- Borda, Guillermo A. (1980). *Tratado de Derecho Civil, Parte General II*. Buenos Aires: Perrot
- Cevallos Vásquez, Víctor (2005). *Contratos Civiles y Mercantiles, Tomo I*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador
- Coello García, Hernán (1992). *Teoría del Negocio Jurídico*. Cuenca: Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas
- Coello García, Hernán (2010). *Obligaciones Tomo II*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera
- Llambías, Jorge (1975). *Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Perrot
- Morales, Jorge (2011). *Lecciones de Derecho Civil Romano*. Cuenca: Impresión Digital.
- Ospina Fernadez, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo (2016). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A.
- Pazmiño Pazmiño, Edgar (2004). *Manual de Derecho Notarial*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador
- Sánchez Medal, Ramón (1980). *De los Contratos Civiles*. México: Porrúa
- Sánchez Zuraty, Manuel (2011). *Obligaciones y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador
- Solar, Luis Claro (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Von Tuhr, Andreas (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Granada: Comares, S.L

Artículos y trabajos relacionados

- Dra. Andrade Torres Paola Catalina. (2018). *Nulidad De La Escritura Pública Y Nulidad De Los Actos Y Contratos. Falsedad Del Instrumento Público*. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10812/1/T-UCSG-POS-DNR-20.pdf>



- Arellano Paúl. *Nulidad de Escritura y Nulidad de Contrato*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/nulidad-de-escritura-y-nulidad-de-contrato>
- Coronel Jones, César, & Del Bruto Andrade Óscar. (2011). *Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano. Ius Humani*, 177-209. Obtenido de: <file:///C:/Users/Manuel/Downloads/Dialnet-NulidadEInexistenciaDeLosActosJuridicosEnElDerecho-4999995.pdf>
- Walker Silva, Nathalie. (2017). *Bases para una Deconstrucción del Concepto de Rescisión por Lesión*. Revista Chilena de Derecho Scielo. Obtenido de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000300703

Normativa Consultada

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 499, 20 de octubre de 2008, Ecuador.
- Código Civil [CCE] (2005). Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, Ecuador.
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP] Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo 2015, Ecuador
- Código Orgánico Integral Penal [COIP] Registro Oficial 180, 10 de febrero 2014, Ecuador
- Ley Notarial [LN] 2014. Registro Oficial 158, 11 de noviembre de 1966, Ecuador

Resoluciones Judiciales:

- Resolución N. 0343-2012-1. De la Corte Nacional de Justicia
- Resolución N.047-2009 De la Corte Nacional de Justicia.
- Sentencia dentro del Juicio No. 355-2011, de la Corte Nacional de Justicia.
- Resolución N. 0211-2013 De la Corte Nacional de Justicia.
- Resolución N. 0085-2009 De la Corte Nacional de Justicia.
- Resolución N. 0078-2012 De la Corte Nacional de Justicia
- Resolución N. 0387-2012 De la Corte Nacional de Justicia
- Resolución N. 0220-2014 De la Corte Nacional de Justicia.
- Proceso Civil N. 98-2008 De la Corte Nacional de Justicia.